الذخيرة البرهانية

المسمى ذخيرة الفتاوى

في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي

محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة

المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هجرية)

تحقيق

د. أبو أحمد العادلي | إبراهيم محمد إبراهيم سليم

أسامة كمال عبيد | عربي إبراهيم عبد الله

فهيم السيد فهيم التحيوي | صابر يوسف طعيمة

الجزء الثاني عشر

يحتوي على:

تتمة كتاب الإجارات - الشفعة - القسمة



دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانيّة

Title: AḎ-ḎAḪĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهيم السيد فهيم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (15Vols./15Parts)	8208 (١٥ جزء/١٥ مجلد)	**عدد الصفحات**
Size	17 x 24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2019 A.D. - 1440 H.	**سنة الطباعة**
Printed in	**Lebanon** لبنان	**بلد الطباعة**
Edition	1st	**الطبعة** الأولى

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN 978-2-7451-9472-5

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الإجارات]

الفصل العاشر

في بيان ما يجب على المستأجر وما يجب على الآجر

نفقة المستأجر على الآجر سواء كانت الأجرة عينًا أو منفعة، حتى إن من استأجر دابة إلى بغداد بسكنى بيت شهرًا أو بخدمة عبد شهرًا، أو استأجر عبدًا بسكنى بيت شهرًا، كان علف الدابة ونفقة العبد على الآجر، وهذا الحكم ظاهر إذا كانت الأجرة عينا، مشكل فيما إذا كانت الأجرة منفعة؛ لأن الأجرة إذا كانت عينًا إنما تجب النفقة على الآجر مع أن المستأجر في قبض المستأجر؛ لأنه عامل لنفسه، وللآجر[1] من حيث إنه يستوفي المنفعة وللآجر من حيث إنه يحصل له الأجر إلا أن ما يحصل للآجر غير ما يحصل للمستأجر؛ لأن الحاصل للآجر عين وللمستأجر[2] منفعة، والعين خير من المنفعة؛ لأن العين تبقى زمانين والمنفعة لا تبقى زمانين والباقي خير من الفاني فيترجح جانب الآجر على جانب المستأجر، وجعل المستأجر في القبض عاملاً للآجر من كل وجه، وصار المستأجر في القبض عاملا من كل وجه فصار المستأجر بمنزلة المودع [فلهذا كانت النفقة][3] على الآجر. أو لم يكن.

فأما إذا كان الأجر منفعة فلا يجوز رجحان أحد الجانبين على الآخر في قبض المستأجر فلا جرم يبقى ما كان على ما كان، والنفقة في الأصل كانت على المالك.

فإذا لم يثبت الرجحان لأحد الجانبين في هذا القبض تبقى المنفعة على المالك، كما كان في الأصل وصار نفقة المستأجر في هذه الصورة نظير نفقة المرهون، [فإن نفقة المرهون][4] تجب على الراهن، وإن كانت منفعة قبض المرهون مشتركة بين

---

(١) زاد في أ، ز: لنفسه.

(٢) في ز: والحاصل للمستأجر.

(٣) في ز: قليلا كانت المنفعة.

(٤) سقط في ز.

الراهن وبين المرتهن، فإن الراهن بقبض المرتهن يصير موفيًا دينه، والمرتهن بقبضه يصل إلى استيفاء الدين فإن قبض المرتهن يضجر الراهن فيحمله ذلك على قضاء الدين، ولا رجحان لأحد الجانبين على الآخر فيبقى ما كان على ما كان كذا ها هنا.

وتطيين الدار، وإصلاح ميازيبها وما كان[1] [من][2] بنائها [يكون على صاحب الدار، وكذلك كل سترى تركها يخل بالسكنى يكون][3] على رب الدار دون المستأجر؛ لأن إصلاح الملك على المالك، ولا يجبر على ذلك، ولكن للمستأجر أن يخرج إذا لم يعمل؛ لأنه عيب حصل في المعقود عليه، ولا يجب على المالك إزالة العيب وللمستأجر ألا يرضى بذلك، وإن كان استأجرها وهي كذلك ورآها فلا خيار له؛ لأنه عقد مع العلم بالعيب فيلزمه.

قال: وإصلاح بئر الماء، وبئر البالوعة والمخرج على رب الدار وإن كان امتلأ من فعل المستأجر فلا يجبر على ذلك لما بينا، ولو انتقضت الإجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه أن يرفعه؛ لأنه اجتمع بفعله فصار بمنزلة متاع وضعه فيها[4]، وإن كان امتلاء خلائها ومجاريها من فعله، فالقياس أن يلزمه نقله؛ لأنه حدث بفعله كالرماد والتراب وإنما استحسنوا [وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة بين الناس][5]، فيما كان مغيبًا في الأرض [فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة][6]، فالانتفاع به لا يحصل إلا من هذا الوجه.

وإن كان الانتفاع بالمجاري من حيث الأجر، وبالخلاء من حيث التخلي فيه إذا كانت المنفعة من هذا الوجه تحصل كان مستحقًا بالعقد، فلم يجب عليه نقله.

---

(١) في ز: هي.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: قال.
(٥) سقط في ز.
(٦) سقط في أ، ز.

قال: وإن أصلح المستأجر شيئًا من ذلك [لم][1] يحسب له ما أنفق؛ لأنه فعل بغير أمر مالكه، فكان متبرعًا.

[إذا][2] استأجر دارًا فيها بئر ماء كان له أن يستقي من ماء البئر للوضوء وغيره بغير إذن صاحب الدار؛ لأن له حقًا في ماء البئر قبل [الإجارة][3] على ما علم، فبعد الإجارة أولى، فإن وقعت في البئر فأرة أو نزلت بها آفة فليس على واحد [منهما][4] إصلاحه.

* * *

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.

الفصل الحادي عشر
فيما يكون الأجير مسلمًا مع الفراغ منه[١]

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله - رجل استأجر رجلًا ليخبز له خبزًا، فلما أخرج الخبز من التنور احترق من غير فعله، فلا ضمان عليه وله الأجر، وهكذا إذا كان الخباز يخبز في بيت المستأجر؛ وهذا؛ لأنه لما أخرج الخبز من التنور فقد أتم العمل؛ لأن عمله جعل الدقيق خبزًا، ومتى أخرجه من التنور صار منتفعًا به انتفاع الخبز، فتم عمله وصار مسلمًا لقيام يد المستأجر على الخبز؛ لأن الخبز في بيته، والبيت في يده، فيثبت يده على الخبز ضرورة ثبوت يده على البيت، وإذا صار مسلمًا وجب الأجر، فإذا هلك بعد ذلك فقد هلك بعد ما صار مسلمًا إلى المستأجر، فلهذا قال: وأما الأجير فلا ضمان عليه، أما عند أبي حنيفة فلأنه لم يهلك من عمله، وأما على قولهما فلأنه هلك بعد التسليم.

وذكر القدوري في شرحه في هذه المسألة أن عليه الضمان على قولهما؛ لأن العين مضمونة على الأجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فلا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته، ثم على ما ذكر[٢] القدوري إذا وجب الضمان عندهما كان لصاحب الدقيق الخيار إن شاء ضمنه دقيقًا مثل دقيقه، ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزًا وأعطاه الأجر [كله][٣].

قال القدوري في شرحه: ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما؛ لأن ذلك صار مستهلكًا قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان فهو رماد لا قيمة له، وإن لم يخرج من التنور حتى احترق، فلا أجر له؛ لأنه لم يتم العمل، فإن ما

---

(١) في أ: من.
(٢) في ز: ذكره.
(٣) سقط في أ، ز.

عمل غير منتفع به فصار كأنه لم يوجد أصلاً فلهذا [لم يجب][1] الأجر.

وفي القدوري: إذا استأجر رجلاً ليبني له بناء في داره أو فيما هو في يده أو يحفر له بئرًا أو قناة في داره [أو نهرًا، فعمله][2] ولم يفرغ منه حتى انهدم البناء، وانهارت البئر فله من الأجر بحصة ما عمل؛ لأن العمل بقدر ما عمل وقع مسلمًا؛ لأن محل العمل في يد المستأجر فيستحق الأجر، وإن كان ذلك في غير ملكه ولا هو في يده فلا أجر له حتى يفرغ منه ويسلمه إليه؛ لأن التسليم لم يوجد، فإن العمل في المحل [إنما][3] يعتبر مسلمًا إلى المستأجر [على تقدير][4] كون المحل في يده.

وقال الحسن بن زياد رحمه الله: إذا أراه موضعًا من الصحراء ليحفر فيه بئرًا فهو بمنزلة ما لو كان في ملكه ويده قال: وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه تثبت يده عليه بالتعيين؛ لأنه يثبت له ضرب خصوصية فيجعل بمنزلة الملك[5] فيما بينهما.

وعن محمد أنه لا يصير قابضًا إلا [بالتخلية وهو الصحيح؛ لأنه وإن عين لم تثبت يده على المحل.

وفي «الأصل» يقول:][6] إذا استأجر ليحفر له بئرًا في الجبانة فحفرها فلا أجر له حتى يسلمها إلى صاحبه قال مشايخنا رحمهم الله: إن محمدًا رحمه الله سلم هذه الإجارة ولم يشترط بيان موضع الحفر قالوا: وهذه إشارة إلى أن بيان الموضع في غير ملكه ليس بشرط.

قال في الأصل: إذا استأجر الرجل رجلاً ليضرب له لبنًا في داره وعين الملبن، أو

(١) في أ، ز: وجب.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.
(٤) في أ، ز: بقدر.
(٥) في أ، ز: المالك.
(٦) سقط في أ، ز.

سمى ملبنا [معلومًا][(١)]، جازت الإجارة؛ لأنه استأجره لعمل معلوم، وإن لم يبين الملبن ولا يسمى ملبنا معلومًا، وإن كانت بلدة ملابنهم مختلفة وجميع الملابن في الاستعمال سواء فالإجارة فاسدة، وإن كانت بلده لأهلها ملبن واحد وملابن مختلفة إلا أنه أغلب[(٢)] استعمالهم واحد منها تجوز الإجارة؛ لأن الملبن معلوم في هذه الحالة عرفًا وإن لم يكن معلومًا شرطًا، فألبنه وأصاب المطر اللبن فأفسده قبل أن يرفعه فلا أجر له، وإن كان يعمل في داره.

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في داره فخاط بعض الثوب فسرق يستحق [الأجر][(٣)] بقدره.

وكذلك إذا استأجر حفارًا يحفر بئرًا في داره فحفر بعضه [فانهار استحق][(٤)] الأجر بقدر ما حفر، وكذلك إذا استأجر بنَّاء ليبني له بناء في أرضه فبنى البعض فانهدم، فإنه يستحق من الأجر بقدره.

والفرق بين هذه المسائل وبين مسألة الملبن[(٥)]: أن [في مسألة اللبن قدر ما وجد من العمل][(٦)] أن وقع مسلمًا إلى المستأجر من الوجه الذي صار مسلمًا في تلك المسائل، إلا أن هذا القدر من العمل في مسألة اللبن غير مقابل بالأجر؛ لأن الأجر مقابل بعمل التلبين، وهذا العمل من أعمال التلبين وليس بعمل تلبين؛ لأن التلبين لم يتم بعد[(٧)].

ألا ترى أنه يحتاج إلى إحداث عمل آخر فيما عمل، وهو النصب والتسوية[(٨)]

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ، ز: غلب.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: فإنه يستحق.
(٥) في أ: اللبن.
(٦) في أ، ز: قدر ما وجد من العمل في مسألة اللبن.
(٧) المحيط البرهاني (٧/ ٤٤٢).
(٨) في أ، ز: والإقامة.

فيكون ما يجد به من العمل فيما عمل إتمامًا[١] للعمل الأول؛ لأنه يجعل[٢] في محل عمل الأول فيكون إتماما لذلك [العمل][٣] وإذا لم يتم التلبين قبل النصب والإقامة والأجر مقابل بالتلبين لم يستحق شيئًا.

وإن كان يعمل في داره كما لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في داره[٤] فقطع الثوب، وقبل الخياطة سرق الثوب لا يستحق بإزاء ما عمل شيئًا وإن وقع ذلك القدر مسلمًا؛ لأنه يعمل في داره وإنما كان كذلك؛ لأن الأجر مشروط بمقابلة الخياطة، وما صنع ليس بخياطة إنما [هو][٥] عمل من أعمال الخياطة.

وكذلك إذا استأجر رجلاً ليخبز له دقيقًا معلومًا في داره فنخل الدقيق وعجن [ثم سرق][٦] قبل أن يخبزه لا يستحق أجرًا[٧].

وكذلك لو أحرق الخبز في التنور قبل إخراجه من التنور لا أجر له، وإن كان يخبز في بيت المستأجر؛ لأن الأجر مقابل بالخبز ولم يوجد الخبز إنما وجد عمل من أعماله فكذا في مسألتنا. بخلاف ما إذا خاط بعض الثوب؛ لأن القدر الذي أتى به خياطة ألا ترى أنه لا يحتاج إلى فعل آخر [فيما خاط، فإنما يحتاج إلى إحداث فعل آخر في محل آخر مثل الأول وما يوجد من الفعل في محل][٨] لا يكون إتمامًا لما وجد من الفعل في محل آخر.

وكذلك قدر ما حفر [حفر][٩] تام، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى إحداث فعل آخر

---

(١) في أ، ز: إنما.
(٢) في أ، ز: يحصل.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: بيته.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) في أ، ز: الأجر.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ، ز.

فيما حفر وفي البناء كذلك، فإذا[(١)] تم الفعل الذي صار [الأجر][(٢)] به مقابلاً وقد وقع مسلمًا إذا كان يعمل في داره استحق الأجر بقدره، وإن هلك بعد ذلك قياس مسألة اللبن من هذه المسائل أن لو أصابه المطر بعد ما نصبه بعد الجفاف ولم يشرحه فأصابه المطر فأفسده[(٣)] فعلى قول أبي حنيفة: له الأجر إذا كان يعمل في داره.

وعلى قولهما: لا أجر له ما لم يشرحه، وأجمعوا على أنه إذا لم يعمل في دار المستأجر لا يستحق الأجر وإن وجد هذه الأعمال ما لم يسلمه إلى المستأجر منصوبًا عند أبي حنيفة.

وتشريحه[(٤)]: عندهما.

وحاصل الخلاف بينهم: أن التليين بماذا يتم؟

قال أبو حنيفة: بالنصب والتسوية بعد الجفاف.

[وقال أبو يوسف ومحمد][(٥)] بهذه الأشياء وبالتشريح أيضًا.

وفي «القدوري» الخياط إذا خاط في بيت المستأجر، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر؛ لأنه لم ينتفع به وإن هلك فلا ضمان عليه فلم يوجب الأجر بخياطة بعض الثوب، وإنه يخالف ما ذكر في «الأصل»

قال في «القدوري»: وإن فرغ منه فله الأجر؛ لأنه صار مسلمًا للعمل، وعلى قولهما[(٦)]: إذا هلك قبل الفراغ من العمل أو بعده قبل التسليم إلى المالك فهو ضامن، فالمحل مضمون في يد الأجير عندهما فلا يخرج عن الضمان إلا بالتسليم إلى المالك، فإذا هلك كان صاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه ولا أجر

---

(١) في أ، ز: وإنما.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في ز: فأفسد
(٤) في أ، ز: وشرحه.
(٥) في أ، ز: وقالا.
(٦) في أ، ز: هذا.

له، وإن شاء ضمنه [قيمته][١] مخيطًا وأعطاه الأجر.

وفي الأصل: إذا استأجر رجلاً ليضرب له [لبنًا بملبن][٢] معلوم فهو بمنزلة الخباز، وإخراجه من الأتون من تمام عمله حتى لو هلك قبل الإخراج بعد ما نضج وكف عنه فإنه لا أجر له؛ لأن غير اللبان لا يحسن إخراج ذلك من الأتون فكان كإخراج الخبز من التنور، ولو هلك بعد ما أخرج من الأتون فله الأجر كما في مسألة الخبز، وهذا إذا كان يعمل في دار المستأجر، وأما إذا كان يعمل في دار نفسه فلا أجر له حتى يسلمه إلى المالك كما في مسألة الخبز.

❋ ❋ ❋

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: البناء بملبن.

الفصل الثاني عشر
فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر

في «الواقعات»: رجل دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه فقطعه ومات قبل أن يخيطه؛ قال عيسى بن أبان: لا أجر له؛ لأن الأجر مقابل بالخياطة والقطع ليس من الخياطة ولهذا لو أراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب بعد القطع قبل الخياطة، [فقال البائع: أنا أقبله كذلك فله ذلك ولو كان القطع بين الخياطة][١] لم يكن له ذلك كما لو خاطه.

وقال أبو سليمان: له أجر القطع؛ لأن الأجر مقابل باتخاذ الثوب والقطع من جملته.

وعن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة يذهب بها إلى منزله ويركبها إلى موضع قد سماه فدفعها إليه وذهب بها إلى منزله ثم [بدا][٢] له ذلك فردها فعليه [من][٣] الأجر بحساب ما ذهب إلى منزله.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد في خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبضه[٤] رب الثوب فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لو أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتقه[٥] فعليه أن يعيد العمل؛ وهذا؛ لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله فصار كأن لم يكن بخلاف ما إذا فتقه أجنبي؛ لأن فتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً، وكذلك الإسكافي[٦]، على هذا.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: يقبض.
(٥) في أ، ز: فتق.
(٦) في أ، ز: الإسكاف.

وكذلك المكاري إذا حمل في بعض الطريق فخوفوه فرجع فأعاد الحمل إلى الموضع الأول لا أجر له، هكذا ذكر في الفتاوى ولم يذكر الجبر على الإعادة، وينبغي أن يجبر كما في المسائل المتقدمة ومسألة السفينة التي بعد هذا.

وكذلك الملاح، إذا حمل الطعام إلى موضع كذا المسمى(١) في العقد فضربت الريح السفينة وردتها إلى مكان العقد فلا أجر للملاح إن لم يكن الذي اكتراها معه؛ لأن العمل لم يقع مسلمًا إليه، وإذا لم يكن الذي اكترى معه حتى لم يجب الأجر لا يجبر الملاح على أن يعيد العمل وإن كان الملاح هو الذي رد السفينة أجبر على الإعادة إلى الموضع المشروط، لما قلنا وإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فيه، فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه فيه ويكون له أجر مثله فيما سار هذا المسير؛ لأنا لو صححنا التسليم وأجبرنا رب الطعام على القبض لتلف المال عليه وقد أمكن صون ماله مع مراعاة حق صاحب السفينة بإيجاب أجر المثل له.

فإن قال الذي اكترى السفينة بعدما ردتها الريح: لا حاجة لي في سفينتك، أنا أكتري غيرها فله ذلك رواه هشام عن محمد رحمه الله.

ولو اكترى بغلاً إلى موضع معلوم فركبه فلما سار بعض الطريق جمح به فرده إلى موضعه، فعليه الأجر بقدر ما سار؛ لأن بذلك القدر صار مستوفيًا المنفعة بنفسه فإن قال المستأجر للقاضي: مر صاحب البغل فليبلغني(٢) إلى حيث استأجرت وله [علي](٣) الذي شارطته عليه، قال: إن شاء الآجر(٤) فعل ذلك وإلا قيل للمستأجر: استأجره إلى ذلك المكان الذي بلغت ثم هو يحملك من ثمة إلى حيث استأجرته هكذا رواه هشام عن محمد، قال: وعلى هذا السفينة.

---

(١) في أ، ز: مسمى.
(٢) في أ، ز: ليبلغني.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: الأجير.

قال في الجامع الصغير: إذا استأجر الرجل رجلاً ليذهب إلى البصرة ويجيء بعياله فوجد بعضهم ميتًا فجاء بمن بقي فله[1] من الأجر بحسابه؛ لأنه أوفاه بعض العمل فيجب من الأجر بحساب ذلك.

حكي[2] عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال: تأويل المسألة إذا كانت المؤنة قبل نقصان العدد أما إذا كانت مؤنة البعض[3] ومؤنة الكل سواء يجب جميع الأجر.

وقال: وفيه أيضًا: رجل استأجر رجلاً ليذهب بكتاب له إلى فلان [بالبصرة][4] ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانًا قد مات فرد الكتاب، فلا أجر له وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: له أجر الذهاب.

وقول أبي يوسف مضطرب.

واعلم بأن هنا مسألتان:

إحداهما: إذا استأجر رجلاً ليذهب بكتاب إلى البصرة إلى فلان ولم يشترط عليه المجيء بجوابه.

الثانية: أن يشترط عليه المجيء بجوابه ومحمد - رحمه الله - ذكر في الكتاب ما إذا اشترط[5] عليه المجيء بالجواب، ولم يذكر ما إذا لم يشترط عليه المجيء بالجواب ولا بد من ذكرهما فنقول: فيما إذا لم يشترط عليه المجيء بجوابه إذا ترك الكتاب ثمة حتى يوصل إليه إذا حضر إذا كان غائبًا أو إلى قربته إن كان ميتًا فإنه يستحق الأجر كاملاً؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه إذ لا وسع له في الاتصال بأبلغ من هذا الوجه إذا وجد المرسل إليه غائبًا أو ميتًا، وكذلك إذا وجد المرسل إليه ودفع

---

(١) في أ، ز: وله.
(٢) في ز: حتى حكي.
(٣) في أ، ز: النفسين.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في أ، ز: شرط.

الكتاب إليه فلم يقرأ حتى عاد من غير جواب فله الأجر؛ لأنه أتى بالمشروط عليه، وإن لم يجده أو وجده ولكن لم يدفع الكتاب إليه بل رد الكتاب، فعلى قول أبي حنيفة لا أجر له في الذهاب، وهو قول أبي يوسف.

وأجمعوا على أنه إذا استأجره[١] ليذهب بطعام إلى البصرة إلى فلان، فذهب ولم يجد فلانًا أو وجده ولكن لم يدفع [الطعام][٢] إليه بل رده أنه لا أجر له.

وأجمعوا على أنه إذا استأجره ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة فذهب إلى البصرة فلم يجد المرسل إليه أو وجده إلا أنه لم يبلغه الرسالة ورجع فله الأجر.

وأجمعوا على أنه لو ذهب إلى فلان بالبصرة ولم يذهب بالكتاب أنه لا أجر له، وفيما إذا شرط عليه المجيء بجوابه إذا دفع إلى فلان وأتى بالجواب فله الأجر كاملاً؛ لأنه أوفى[٣] جميع المعقود عليه، ولو كان المكتوب إليه غائبًا فدفع إلى آخر ليدفعه إليه [أو دفع][٤] المكتوب إليه، فلم يقرأ ورجع هذا الرجل فله أجر الذهاب؛ لأنه استؤجر لإيصال الكتاب إليه وللمجيء بالجواب، وقد وجد الإيصال بقدر الإمكان ولم يوجد المجيء بالجواب فيجب أجر الإيصال.

ولو مزق الكتاب ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: أن عليه أجر الذهاب في قولهم ولا يفتى به؛ لأنه [قد][٥] أبطل عمله حيث مزقه وإن رد الكتاب، قال أبو حنيفة: لا شيء له من الأجر وقال محمد: له أجر الذهاب وقول أبي يوسف مضطرب.

محمد رحمه الله يقول: رد الكتاب حصل بإذن المستأجر دلالة فلا يسقط الأجر كما لو أذن له بذلك نصًا بأن قال: إن لم تجد فلانًا فأت إلي بالكتاب وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ربما يكون [في الكتاب][٦] سرًّا لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه غير

(١) في أ، ز: استأجر.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: أدى.
(٤) في أ، ز: إلى.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.

المرسل إليه، ومتى ترك الكتاب ثمة ربما يفتحه غيره فيطلع عليه فبهذا الاعتبار يصير[(١)] مأمورًا برد[(٢)] الكتاب متى لم يجد فلانًا، وربما[(٣)] لا يكون سرا فيكون مأمورًا بالترك هناك[(٤)] إذا لم يجده حتى يوصل إليه إن كان غائبًا وإلى ورثته إن كان ميتًا.

وإذا لم ينص صاحب الكتاب على الترك ثم ولا على الرد ثانيًا دخل [كلا][(٥)] الأمرين تحت الإذن، كما في الرسالة فإن الرسول قد يكون مأمورًا بترك التبليغ إلى غير المرسل إليه بأن يكون سرًّا لا يرضى أن يطلع عليه غير الرسول[(٦)] والمرسل إليه، وربما لا يكون سرًا فيكون مأمورًا بالتبليغ إلى غير المرسل إليه إذا لم يجده حتى يبلغ [إليه][(٧)] متى حضر فيحصل مقصود المرسل فدخل كلا الأمرين تحت الإذن فكذلك هذا، وإذا كان كذلك صح قولنا: إن رد الكتاب حصل بإذن المستأجر [دلالة.

وهذا بخلاف ما لو كان المستأجر شيئًا][(٨)] له حمل ومؤنة، فلم يجد المرسل إليه فرد ثانيًا؛ لأنه غير مأمور بهذا الرد من جهة المالك لا نصا ولا دلالة؛ لأنه لا ضرر[(٩)] عليه متى ترك المحمول[(١٠)] على يدي عدل[(١١)] حتى يوصله إليه فلم يثبت الإذن بالرد دلالة بل الثابت دلالة من جهته النهي عن الرد حتى لا يضيع ما لحقه من

---

(١) في أ، ز: لا يكون.
(٢) في أ، ز: بترك.
(٣) زاد في أ، ز: كان.
(٤) في أ، ز: هنا.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في ز: المرسل.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) في أ، ز: ضرورة.
(١٠) في أ، ز: العمل.
(١١) في أ، ز: غيره.

المؤنة بخلاف الكتاب؛ لأنه ربما يكون فيه سر لا يرضى بأن يطلع عليه غيره، فإذا لم يأمره بالترك هناك يثبت[(١)] الإذن بالرد إليه ثانيًا فبهذا تعلق محمد رحمه الله وإنه واضح.

وأما أبو حنيفة رحمه الله ذهب في ذلك إلى أن الرد حصل بغير إذن المالك نصًا ودلالة فلا يستحق الأجر قياسًا على ما إذا أمره بالترك هناك إذا لم يجده، وإنما قلنا: إنه حصل بغير إذنه نصًا؛ لأنه أمره بالإيصال إليه لا بالرد لا نصا ولا دلالة؛ لأن الإذن بالرد لو ثبت دلالة [إنما يثبت][(٢)] لنوهم أن يكون في الكتاب سر لا يرضى أن يطلع عليه غيره، ولا يجوز أن يثبت الإذن بالرد دلالة من جهة المالك [بهذا][(٣)]؛ لأن الحال لا يخلو إما أن يكون الكتاب مختومًا أو غير مختوم، فإن كان مختومًا يجد عدلًا لا يفتح الختم ولا يطلع على ما فيه غير المرسل إليه وإن كان غير مختوم لا يكون فيه سر [فإذا أفشى][(٤)] السر فلا يتحقق الإذن بالترك هناك فلا يثبت الإذن بالرد دلالة بهذا السبب ولم[(٥)] يأذن له بالرد[(٦)] نصًا فكان الرد حاصلًا بغير إذنه وليس كالرسول وذلك؛ لأن الرجوع قبل التبليغ إلى غير المرسل إليه حصل بإذن المرسل دلالة؛ وذلك؛ لأنه ربما تكون الرسالة [سرًا][(٧)] لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه [أحد][(٨)] ولا يمكنه التبليغ إلى [المرسل إليه بحيث لا يطلع عليه][(٩)] غير المرسل إليه، فيصير مأذونًا بالرجوع من غير تبليغ إلى غير المرسل إليه دلالة فأما التبليغ في

---

(١) في أ، ز: ثبت.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: وإذا أمن من.
(٥) في أ، ز: ولا.
(٦) في أ، ز: بالإذن.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في ز.
(٩) سقط في أ، ز.

باب الكتاب بقدر الإمكان بأن يترك الكتاب ثمة ممكن[١] من غير إفشاء ما فيه من السر بأن كان مختومًا، [وإن كان][٢] غير مختوم فلا يكون فيه سر فلا يثبت الإذن بالرد دلالة، فيكون الرد بغير إذن المالك فلا يستوجب الأجر كما لو كان المحمول شيئًا له حمل ومؤنة.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح إجارات «الأصل»: وينبغي ألا يسلم الرسالة على مذهب أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن[٣] الأجير يستحق الأجر على [المرسل لا على][٤] المرسل إليه؛ لأن الأجر إنما يستحق على العاقد والعاقد هو المرسل إليه.

وذكر الشيخ الإمام[٥] علي البزدوي رحمه الله هذه المسألة في تعليقه، وذكر قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله.

وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمه الله: رجل تكارى سفينة على أن يذهب بها إلى موضع كذا فيحمل له كذا، فيجيء به فذهب صاحب السفينة إلى ذلك الموضع فلم يجد ذلك الشيء ثم رجع قال: يلزمه كراء السفينة فارغة فإن قال: اكتريتها منك على أن تحمل لي الطعام من موضع كذا إلى هاهنا فذهب بها فلم يجد الطعام فرجع بالسفينة فلا شيء له من الكراء.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله في الدابة مثل هذا وصورته: رجل استأجر دابة من بغداد ليذهب [بها إلى المدائن ويحمل عليها طعامًا من المدائن، فذهب فلم يجد الطعام فإن على المستأجر أجر الذهاب، ولو استأجرها ليحمل عليها من المدائن ولم يستأجرها ليذهب][٦] من موضع العقد وباقي المسألة بحالها [فإنه لا

(١) في أ، ز: فيتمكن.
(٢) في أ، ز: أو.
(٣) في ز: ثم.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في ز: الإسلام.
(٦) سقط في أ، ز.

أجر][١] عليه في الذهاب.

والفرق: أن في المسألة الأولى العقد انعقد على شيئين: على الذهاب إلى ذلك الموضع والحمل[٢] منه إلى هاهنا، وقد ذهب إلى ذلك الموضع فقد استوفى بعض المعقود عليه فيجب الأجر بحصته.

وفي المسألة الثانية[٣]: العقد انعقد على شيء واحد وهو الحمل من ذلك الموضع إلى هاهنا ولم ينعقد على الذهاب إلى ذلك الموضع؛ لأن الذهاب غير مذكور ولم يوجد حمل الطعام من ذلك الموضع فلم يوجد استيفاء المعقود عليه أصلًا فلهذا لا يجب شيء من الأجر.

وعلى هاتين [المسألتين][٤] قسنا مسألة صارت واقعة للفتوى وصورتها: رجل اشترى من آخر شجرًا في قرية واستأجر أجيرًا ليقلعها، فذهب به إلى موضع الشجرة ثم [إن][٥] البائع مع المشتري تقايلا البيع في الشجرة ولم يتهيأ[٦] قلع الشجرة على الآجر هل [يجب للأجير][٧] أجر الذهاب؟.

فقلنا: إن استأجرا الأجير[٨] ليذهبوا إلى موضع الشجرة ويقلعوها فلهم أجر الذهاب؛ لأن العقد انعقد على شيئين: على الذهاب والقلع، فإن استأجرهم لقلع الشجرة ولم يتعرض للذهاب في العقد فلا أجر لهم.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله في شرح كتاب السير الكبير قبل باب هدية أهل الحرب أن من استأجر رجلا ليحمل له طعاما أو حطبا من

---

(١) في أ، ز: فإن الأجر.
(٢) في أ، ز: المحمول.
(٣) في أ، ز: الثالثة.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: يهيأ.
(٧) في أ، ز: لهم.
(٨) في أ، ز: الآخر.

قريته إلى منزله في المصر فذهب الرجل ولم يجد الطعام والحطب له أجر الذهاب.

وقال على مسألة ذكرها محمد رحمه الله في السير وصورتها: رجل من أهل العسكر استأجر رجلا ليأتي له من الطعام بالعلف من بعض المطامير، وسمى مطمورة بعينها بأجرة معلومة فالإجارة جائزة؛ لأن مقدار العمل معلوم والأجرة معلومة، فلو ذهب الأجير إلى تلك المطمورة ولم يجد فيها طعاما ولا علفا، ورجع إلى المستأجر بغير شيء فله أجر الذهاب يعني: حصة الذهاب من المسمى، وإنه يخالف مسألة مجموع النوازل.

وفي «النوازل»: رجل استكرى دابة إلى بلد ليحمل من هناك حمولًا به، فجاء المكاري فقال: ذهبت فلم أجد الحمل فإن صدقه المستكري في ذلك، فعليه أجر الذهاب [خاليًا][1] من غير حمل.

وقوله: إلى بلدة كذا بمنزلة قوله: ليذهب بها إلى بلدة كذا.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر دابة في المصر ليحمل الدقيق من الطاحونة أو ليحمل الحنطة من قرية كذا فذهب فلم يجد الحنطة قد طحنت أو لم يجد الحنطة في القرية، فعاد إلى المصر ينظر[2]: إن كان قال: استأجرت منك هذه الدابة من هذه البلدة حتى أحمل الدقيق من طاحونة كذا، يجب نصف الأجر؛ لأن الإجارة وقعت صحيحة من البلدة إلى الطاحونة من غير حمل شيء، فيجب نصف الأجر بالذهاب ثم الإجارة من الطاحونة [إلى البلدة إنما كانت بشرط حمل الدقيق ولم يوجد فلا يجب الأجر، فأما إذا كان قال: استأجرت منك هذه الدابة بدرهم حتى أحمل الدقيق من الطاحونة][3] فها هنا لا يجب الأجر في الذهاب.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: استأجر رجلًا ليذهب إلى موضع كذا ويدعو فلانًا

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) زاد في أ، ز: قال.
(٣) سقط في أ، ز.

بأجر مسمى فذهب الرجل إلى ذلك الموضع فلم يجد فلانًا، يجب الأجر.

وفي «فتاوى الأصل»: استأجر رجلاً ليقطع له الأشجار في قرية بعيدة، ولم يتعرض للذهاب [والمجيء][1] فلا أجر على المستأجر في ذهابه ومجيئه؛ لأن المعقود عليه العمل، وهو قطع الأشجار ولم يعمل في ذهابه ومجيئه.

* * *

(١) سقط في أ، ز.

الفصل الثالث عشر

في بيان الأعمال التي يمنع[١] المستأجر منها والتي لا يمنع[٢]

إذا[٣] استأجر دارًا أو بيتًا و[٤] لم يسم الذي يريدها له حتى جازت الإجارة استحسانًا لا قياسًا، على ما مر قبل هذا كان للمستأجر أن يسكنها؛ لأن الإجارة انصرفت إلى السكنى عرفًا، ولو انصرفت إلى السكنى نصًّا كان له أن يسكنها وأن يسكنها من شاء؛ لأن الناس لا يتفاوتون، ولو وقع التفاوت كان يسيرًا فلا يعتبر فكذا هاهنا، وله أن يضع متاعه فيها؛ لأن هذا من جملة السكنى، وله أن يربط فيها دوابه.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: إنما يكون له ولاية ربط الدواب فيها، إذا كان فيها موضعًا معدًّا لربط الدواب، فأما إذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب فيها، وما ذكر فهو بناء على عرف ديارهم؛ [لأن عرف ديارهم][٥] الربط يكون في الدار لسعة دورهم، أما في ديارنا فخلافه.

وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل مما لا يضر بالبناء ولا يوهنه نحو الوضوء وغسل الثياب، أما كل عمل يضر بالبناء ويوهنه نحو الرحى والحدادة والقصارة فليس له ذلك إلا برضى صاحبه؛ لأن كل عمل هذا حاله فهو مستثنى عن الإجارة بحكم الشرط.

يوضحه أن الإجارة وضعت للانتفاع مع بقاء العين، فما يؤدي إلى فساد العين لا يكون داخلاً تحت الإجارة.

بعض مشايخنا قالوا: أراد بالرحى رحى الماء، ورحى الثور، لا رحى اليد، وبعض مشايخنا قالوا: يمنع عن الكل.

---

(١) في ز: يمتنع.
(٢) في ز: يمتنع.
(٣) في أ، ز: وإذا.
(٤) في أ، ز: أو.
(٥) سقط في ز.

وبعضهم قالوا: إن كان رحى اليد يضر بالبناء يمنع عنه وإن كان لا يضر بالبناء لا يمنع عنه، وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وعليه الفتوى.

وأما كسر الحطب فيها فقد ذكر بعض مشايخنا - رحمهم الله - أنه لا يمنع عن المعتاد؛ لأنه من جملة السكنى، وبعضهم قالوا يمنع ويؤمر بالكسر خارج الدار؛ لأنه يؤثر في فساد البناء لا محالة، فلو أنه أقعد فيها قصارًا أو حدادًا أو عمل ذلك بنفسه فانهدم شيء من البناء ضمن [قيمة](١) ذلك؛ لأن الانهدام أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصارة؛ لأنها ليست بداخلة تحت العقد فيكون متعديًا فيها؛ فيضمن ما تلف بها ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان وإن [لم ينهدم](٢) شيء من البناء بعمل الحدادة والقصارة لا يجب الأجر قياسًا؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد.

ألا ترى أنه كان سبب الضمان وإذا لم يكن داخلا [تحت](٣) العقد صار الحال فيه بعد العقد والحال قبل العقد سواء.

ويجب المسمى استحسانًا؛ لأن المعقود عليه السكنى، وفي الحدادة سكنى وزيادة فقد استوفى المعقود عليه وزيادة فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل أحد عشر وسلمت الدابة وهناك(٤) يجب الأجر كذا هاهنا وإن اختلف الآجر والمستأجر في ذلك فقال المستأجر: استأجرت للحدادة، وقال الآجر: استأجرت للسكنى دون الحدادة، فالقول قول الآجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة أصلًا كان القول قوله فكذا إذا أنكر الإجارة في نوع دون نوع، ولأن الحدادة

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، ز: انهدم.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: وهنا.

والقصارة مما لا يستحق بمطلق العقد، وإنما يستحق بالشرط والمستأجر يدعي زيادة شرط على مطلق العقد، والآجر ينكر والقول قول المنكر، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر؛ لأن المستأجر يثبت زيادة شرط.

* * *

ومما يتصل بهذه المسألة: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا على أن يقعد فيها حدادًا وأراد أن يقعد فيها قصارًا فله ذلك إن كانت مضرتهما واحدة وإن كانت مضرة القصارة أقل، وكذلك الرحى على هذا وإنما كان كذلك إذ ليس في ذلك على صاحب الدار زيادة ضرر لم يرض به، فإن قيل: ينبغي ألا يكون له ذلك؛ لأن هذا خلاف من حيث الجنس، وإن الحدادة مع القصارة جنسان مختلفان فلا عبرة للضرر والمنفعة حالة الخلاف في الجنس، ألا ترى أن من وكل رجلاً بأن يبيع عبده بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز؛ لأنه خالف الجنس.

والجواب عنه أن المخالفة فيما نحن فيه في الصفة لا في الجنس؛ لأن أصل المعقود عليه في الموضعين السكنى بالدار إلا أن السكنى تختلف والمخالفة متى كانت في الصفة لا في الجنس والعبرة للضرر والمنفعة وكان بمنزلة ما لو وكله بأن يبيع بألف زيوف فباع بألف جياد وذلك جائز فكذا هاهنا.

تكارى منزلًا أو دارًا من رجل على أن يسكن فيها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها طعامًا حنطة أو[1] شعيرًا أو[2] تمرًا وغير ذلك فأراد رب الدار أن يمنعه عن ذلك، قال؛ لأنه يخرب الدار، قال: ليس له ذلك.

وعلل فقال: ؛ لأن وضع هذه الأشياء من جملة السكن الذي يرتفق الناس بها من المساكن، فيكون داخلاً تحت العقد فلا يكون لصاحب الدار أن يمنعه من ذلك كما لا يمنعه من السكنى.

رجل استأجر دارًا وحفر فيها بئرًا للماء وليتوضأ فيها فعطب فيها إنسان ينظر: إن كان حفر بإذن رب الدار فلا ضمان كما لو حفر رب الدار بنفسه وهذا؛ لأنه غير متعد في الحفر بإذن رب الدار؛ [لأن][3] لرب الدار حفره بنفسه فكان له الإذن بالحفر

---

(١) في أ، ز: و.
(٢) في أ، ز: و.
(٣) سقط في أ، ز.

والمتسبب إذا لم يكن متعديًا في السبب لا يضمن، وإن كان قد حفر بغير إذن رب الدار فهو [ضامن؛ لأنه متعد في الحفر بغير إذن رب الدار][١]؛ لأنه حفر في موضع ليس له حق الحفر؛ [لأن الحفر][٢] تصرف في رقبة الدار، والمستأجر يملك التصرف في منفعة الدار لا في رقبته.

رجل استأجر من رجل حانوتًا [وحانوتا][٣] آخر من رجل آخر، فنقب أحدهما إلى الآخر يرتفق بذلك فإنه يضمن ما أفسد من الحائط ويضمن أجر الحانوتين بتمامه، أما يضمن ما نقب من الحائط؛ لأنه نقب حائط غيره بغير أمره وعليه أجر الحانوتين كاملاً، وإن ضمن بعض ما استأجر.

فرق بين هذا وبين مسألة تأتي بعد هذا وصورتها: إذا استأجر بيتًا ولم يشترط أنه يقعد فيه قصارًا أو حدادًا فأقعد فيه قصارًا أو حدادًا حتى انهدم [شيء من البناء][٤]، قال: يضمن ما انهدم [ولا أجر][٥] عليه فيما ضمن، فقد أسقط عنه أجر ما ضمن في تلك المسألة ولم يسقط شيء من الأجر هاهنا، وإنما فعل هكذا؛ لأن النقب في مسألتنا لم يضر بالسكنى؛ لأنه نقب ليرتفق عليه لا ليضر بالسكنى، ألا ترى لو حصل مثل هذا بآفة سماوية فإنه لا يجبر المستأجر إذا لم يضر بالسكنى وإذا لم يضر هذا النقب بالسكنى صار مستوفيًا جميع المعقود عليه من ملك الآجر بتمامه فكان عليه جميع الأجر.

فأما في المسألة التي تأتي بعد هذا وضع المسألة إذا انهدم البيت كله [وانهدام البيت كله][٦] مما يضر بالسكنى.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في أ، ز: والأجر.
(٦) سقط في أ.

ألا ترى أنه لو حصل هذا بآفة سماوية يجبر[١] المستأجر [المشتري][٢]، فإذا حصل بفعل المستأجر وصار قدر ما ضمن ملكًا له من وقت العقد سقطت[٣] حصته من الأجر؛ لأنه لم يستوف جميع ما ورد عليه العقد من ملك الآجر بل استوفى البعض من ملكه والبعض من ملك الآجر.

وإذا تكارى منزلًا ولم يسم ما يعمل فيه فقعد فيه حدادًا أو قصارًا، فانهدم الدار من عمله فعليه ضمان ما انهدم وقد مرت هذه المسألة في أول هذا الفصل.

قال: ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأنه ملك المضمون بالضمان من وقت العقد؛ لأن سبب الضمان مجموع عمل الحدادة والقصارة لا الجزء الأخير[٤] الذي حصل الانهدام عقيبه وإذا صار الانهدام مضافًا إلى الكل صار [هذا][٥] العمل من وقت العقد سبب ضمان فيملكه من ذلك الوقت، وإذا ملك المضمون من ذلك الوقت انقطعت[٦] به الإجارة فيما ملك وصار منتفعا بما ضمن بحكم الملك لا بحكم الإجارة، فلا يكون عليه الأجر فيما ضمن ولم يقل في «الكتاب» إنه هل يجب الأجر فيما لم يضمن، وهو الساحة وينبغي أن يجب؛ لأن الامتناع الوجوب فيما ضمن لثبوت الملك فيما ضمن للمستأجر من وقت العقد ولم يثبت له الملك في الساحة؛ [لأن الملك حكم الضمان ولا يجب الضمان في الساحة][٧] وإن لم تنهدم الدار من عمله يجب الأجر استحسانًا وقد مرّ وجهه في أول هذا الفصل.

وإذا ربط المستأجر دابته على باب الدار المستأجرة فضربت إنسانًا فمات أو هدمت حائطًا قال: لا ضمان عليه؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق

---

(١) في أ: يخير.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ: سقط.
(٤) في أ: الأجير.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ: انقطع.
(٧) سقط في أ، ز.

المنزل عرفًا، والناس في عاداتهم يرتفقون بالمساكن، وإذا كان هذا من مرافق السكنى عرفًا ملكه المستأجر بالإجارة فلم يكن متعديًا في فعله ذلك فلا يصير ضامنًا.

ولو أدخل صاحب الدار دابته في الدار المستأجرة أو ربطها على بابها فأوطأت إنسانًا فهو ضامن إلا إذا فعل ذلك بإذن المستأجر أو دخل الدار متعمدًا ليرم منها ما استرم.

وهذا؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق السكنى والسكنى بالإجارة صار للمستأجر فكذا ما كان من مرافقه وإذا صار للمستأجر لا يبقى للآجر فكان الآجر في هذا بعد ذلك[١] والأجنبي سواء.

وهذا بخلاف ما لو أعار رجل داره [من رجل][٢] ثم إن المعير ربط دابته على باب الدار فضربت إنسانًا أو هدمت جدارًا فإنه لا ضمان؛ لأنه بعد الإعارة بقي للمعير ولاية ربط الدابة على بابها فلا يكون متعديًا في فعل ذلك.

إذا تكارى دارًا من رجل شهرًا بدرهم، وفي الدار بئر فأمر الآجر المستأجر أن يكنس البئر، ويخرج التراب منها [فأخرجه وألقاه][٣] في صحن الدار فعطب به إنسان فلا ضمان على المستأجر سواء أذن له رب الدار أن يلقي التراب في صحن الدار أو لم يأذن.

لأن وضع التراب على ظاهر الدار من جملة الانتفاع بالدار وللمستأجر ذلك؛ ألا ترى أن له أن يضع آنية نفسه وتراب نفسه في صحن الدار وكان له وضع التراب في صحن الدار أيضًا، وإذا كان كذلك لم يكن هو في هذا الفعل متعديًا فلا يضمن، كما لو وضع أمتعة أخرى لنفسه.

---

(١) في ز: تلك.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ: فأخرج، وفي ز: فاخرج وألقاها.

فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المستأجر بئرًا [بغير إذن][١] رب الدار، والفرق: أن الحفر تصرف في رقبة الدار وليس بانتفاع بالدار وبعقد الإجارة لا يملك التصرف في رقبة الدار فمتى كان بغير إذن رب الدار كان متعديًا فيه فيضمن ما هلك به هذا إذا كنس المستأجر البئر فألقى الطين في صحن الدار وإن فعل الآجر ذلك وألقى الطين في صحن الدار فعطب به إنسان إن فعل ذلك بإذن المستأجر فلا ضمان عليه وإن فعل بغير إذن المستأجر فعليه الضمان.

والجواب [فيه نظير الجواب فيما][٢] إذا وضع متاعًا [آخر][٣] له في الدار المستأجرة فعطب به إنسان وهذا؛ لأن وضع الشيء في الدار من جملة الانتفاع بالدار والانتفاع بالدار صار للمستأجر بعقد الإجارة ولم يبق للآجر فيكون متعديًا فيما صنع؛ هذا إذا حصل إلقاء التراب في صحن الدار، وإن حصل الإلقاء خارج الدار في طريق المسلمين فعطب به إنسان، فالملقي ضامن[٤] الآجر والمستأجر في ذلك على السواء وليس لواحد منهما شغل طريق المسلمين بالتراب وغيره.

رجلان استأجرا حانوتًا يعملان فيه[٥] بأنفسهما، فاستأجر أحدهما أجيرا وأقعده في الحانوت مع نفسه وأبى صاحبه [أن يدعه][٦]، قال: له أن يفعل في نصيبه ما شاء ما لم يدخل على شريكه [في نصيبه][٧] ضرر بين بأن يصير آخذا شيئًا من نصيب صاحبه بيقين بأفعال أجرائه، وهذا؛ لأن كل واحد منهما ملك منفعة نصف الحانوت فكان لكل واحد نصف الانتفاع بالحانوت لا[٨] الزيادة على ذلك [وإن][٩] أراد

(١) في أ، ز: بإذن.
(٢) في أ: فيما نظير فيه الجواب.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في أ، ز: من.
(٥) في أ: هما.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) في ز: لأن.
(٩) سقط في أ، ز.

أحدهما أن يبني وسط الحانوت بناء فليس له ذلك؛ لأنه تصرف في رقبة الحانوت وليس للمستأجر ذلك.

وإذا بنى المستأجر تنورًا أو كانونًا في الدار المستأجرة فاحترق بعض بيوت[١] الجيران أو احترق بعض الدار لا ضمان عليه فعل بإذن رب الدار أو بغير إذنه؛ لأن هذا انتفاع بظاهر رقبة الدار [على][٢] وجه لا يغير هيئة[٣] الباقي إلى نقصان بخلاف الحفر؛ لأنه تصرف في رقبة الدار وبخلاف البناء؛ لأنه يوجب تغيير هيئة[٤] الباقي إلى نقصان فإن صنع المستأجر في نصب التنور شيئًا لا يصنعه الناس من ترك الاحتياط في وضعه أو أوقد نارًا لا يوقد مثله في التنور كان ضامنًا.

وذكر في شرح الطحاوي أن للمستأجر أن يعير ويودع، ويؤاجر، ذكر مطلقا، وتأويلها إذا كان للمستأجر شيئا لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، أما إذا كان شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به، فليس له أن يؤاجر، ولا أن يعير حتى إن من استأجر دابة ليركبها بنفسه، ليس له أن يؤاجر غيره ولا أن يعيره.

❋ ❋ ❋

(١) في أ: تنور.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: رقبة.
(٤) في أ، ز: رقبة.

الفصل الرابع عشر
في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحى

وعمارة الحمام في إصلاح قدره ومسيل مائه وما لا يمكن الانتفاع إلا به على الآجر؛ لأنها من مرافق الحمام فيكون في إصلاحها إصلاح الحمام، وإن شرط المرمة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن قدر المرمة يصير أجرة وإنه مجهول ولو شرط رب الحمام على المستأجر عشرة دراهم [في][1] كل شهر لمرمته مع الأجر [وأذن له أن ينفقها عليه][2] كان جائزًا؛ لأن جميع الأجر معلوم، وهذا هو الحيلة لجواز الإجارة متى أراد أن يجعل بعض المرمة أن يبين قدر ما تحتاج إليه المرمة في الإجارة ثم يأمره بصرف ذلك إلى المرمة فيصير وكيلاً من جهته بالإنفاق عليه.

هكذا ذكر في الكتاب، ولم يحك خلافًا، من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز هذا التوكيل إذا لم يعين الأجر أو باعه الآلات؛ لأن المصروف إليه الدين يكون مجهولًا، وهذا يمنع جواز الوكالة على مذهبه لو كما قال: أسلم ما لي عليك من الدين، ولم يعين المسلم إليه[3].

ومنهم من قال بأنه يجوز بلا خلاف فيحتاج أبو حنيفة إلى[4] الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة البيوع.

ووجه الفرق له هو أن حالة التوكيل شراء الآلة واستئجار الأجير الأجرة غير واجبة حتى يكون آمرا [إياه][5] بصرف الدين إلى المجهول فلا يجوز، وإذا لم تكن الأجرة واجبة حالة التوكيل كان بمنزلة ما لو وكله بهذا قبل الإجارة، وقبل الإجارة لو وكله

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ: عليه.
(٤) في أ، ز: أن.
(٥) سقط في أ، ز.

بهذا جازت الوكالة له، وإن لم يعين بائع الآلة ولا الآجر إلا أنه ليس له على الوكيل دين حتى يصير آمرًا له بصرف الدين إلى المجهول فجاز وكذلك هذا، بخلاف مسألة السلم؛ لأن الدين واجب حالة التوكيل، وإذا وكله بذلك ولم يعين المسلم إليه فقد أمره بصرف ما عليه من الدين إلى المجهول، فلم يجز.

كما لو قال: أدّ ما لي عليك [رجلًا](١) من عرض الناس حتى قالوا: لو كانت الأجرة واجبة وقت التوكيل يجب ألا يجوز على قول أبي حنيفة ما لم يعين الأجراء وباعة الآلات كما في [مسألة](٢) السلم.

وإذا قال المستأجر: قد رممت الحمام بها لم يصدق، والقول قول رب الحمام؛ [لأنه يدعي إيفاء ما عليه من الأجر ورب الحمام ينكر فيكون القول قول رب الحمام](٣) إلا أن يقيم البينة على ذلك، كما لو ادعى الإيفاء حقيقة، وإن أراد المستأجر أن يقبل قوله في ذلك من غير حجة، فالحيلة أن يدفع العشرة إلى رب الحمام ثم يدفعها رب الحمام [إليه](٤) ويأمره بإنفاقها في مرمة(٥) الحمام، فيكون أمينًا.

وحيلة أخرى لإسقاط الحجة عن المستأجر أن يجعلا لمقدار(٦) المرمة عدلًا حتى يكون القول قول العدل فيما ينفق؛ لأن العدل أمين.

وليس لرب الحمام أن يمنع المستأجر بئر الماء، ومسيل ماء الحمام وموضع سرقينه وإن [لم](٧) يشترط، وكذلك كل شيء لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بالحمام إلا به، فهو على ذلك.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في أ، ز: مدة.
(٦) في أ، ز: بمقدار.
(٧) سقط في ز.

وإنما كان كذلك؛ لأن هذه الأشياء من مرافق الحمام ومرافق المستأجر تدخل في الإجارة من غير شرط؛ ولأنه لا يتهيأ الانتفاع بالمستأجر إلا به كما يدخل الطريق.

قال: ولو أن مسيل [ماء الحمام][١] امتلأ فإنه يجب على المستأجر تفريغ ذلك ظاهرًا كان أو باطنًا، إن كان ظاهرًا فلا إشكال وإن كان باطنًا فكذلك يجب على المستأجر، بخلاف البالوعة إذا امتلأت من جهة المستأجر فإن التفريغ يجب على الآجر.

ووجه الفرق: أن تفريغ مسيل الماء ممكن من غير نقض شيء من البناء؛ لأنه يكون مجصصًا مسقفًا يمكن [تنقيصه بالدخول][٢] فيه من غير نقض شيء من البناء فأشبه ظاهر الأرض من هذا الوجه بخلاف بئر البالوعة؛ لأنه لا يمكن تفريغه إلا بنقض شيء من البناء ولا يملك المستأجر نقض شيء من البناء إنما يملكه رب الدار فجعل على رب الدار، وإن حصل التكفل[٣] من جهته.

قال: ولو أن رب الحمام اشترط على المستأجر نقل الرماد والسرقين، فإن ذلك لا يفسد الإجارة؛ لأنه شرط في الإجارة ما تقتضيه الإجارة من غير شرط؛ لأن نقل الرماد والسرقين الذي اجتمع من عمل المستأجر عليه، فلا يوجب فساد الإجارة، وإن شرط على رب الحمام أوجب فساد الإجارة؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فيوجب فساد العقد.

قال: وإذا استأجر الرجل[٤] من رجل حمامين أشهرًا مسماة كل [شهر][٥] بأجر معلوم فانهدم أحدهما، فهذا على وجهين: إما أن ينهدم أحدهما قبل القبض أو بعده، فإن انهدم أحدهما قبل القبض، كان المستأجر بالخيار فيما بقى إن شاء أخذ

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: الدخول بنفسه.
(٣) في أ، ز: الشغل.
(٤) في ز: رجل.
(٥) سقط في أ.

الباقي بحصته من الأجر وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة تفرقت على المستأجر قبل التمام فيما يوجب تسليمه جملة بحكم العقد فكان له الخيار في الباقي، كما لو اشترى عبدين فهلك[١] أحدهما قبل القبض كان له الخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك فكذلك [هذا][٢].

فرّق بين هذا وبين ما إذا استأجر حمامًا سنة بكذا فلم يسلم إلى المستأجر شهرين ثم سلم في الباقي وأبى المستأجر فإنه يجبر على قبضه، والصفقة تفرقت على المستأجر قبل التمام ولم يثبت الخيار للمستأجر ثمة وأثبت هاهنا.

ووجه الفرق بينهما: أنه متى كان المستأجر حمامًا واحدًا ولم يسلم في بعض المدة فإنما تفرقت الصفقة في حق المنافع لا في حق العين، [فإنه سلم العين][٣] كله؛ لأنه لم يفت من العين شيء وتفرق التسليم في حق المنافع لا يثبت للمستأجر خيارًا؛ لأنه[٤] لم يستحق على الآجر تسليم المنافع جملة؛ لأنه ليس في وسع الآجر ذلك وإنما [لا يستحق][٥] عليه تسليمه متفرقا على حسب ما يوجد ويفرق التسليم فيما لم يستحق تسليمه جملة لا يثبت للمستأجر خيارًا كما لو ملك أعيانًا بصفقات متفرقة.

فأما إذا هلك أحد الحمامين فقد تفرق على المستأجر تسليم ما استحق على الآجر جملة قبل التمام؛ لأنه يفرق التسليم في حق العين وقد استحق على الآجر تسليم العين جملة، وتسليم العين جملة ممكن [و][٦] تفرق التسليم قبل التمام على العاقد فيما استحق تسليمه جملة يثبت له خيارًا، فقد فرق بين المسألتين من هذا الوجه،

---

(١) في ز: وهلك.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إلا أنه.
(٥) في أ، ز: استحق.
(٦) سقط في أ.

هذا إذا انهدم أحدهما قبل القبض، [فأما إذا انهدم أحدهما بعد القبض][١] فلا خيار للمستأجر؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام على وجه لم يوجب تعييب الباقي، فإن انهدم أحدهما [لا][٢] يوجب خللاً في منفعة الباقي لتباين مرافقهما وتفرق الصفقة بعد التمام إذا لم يوجب تعييب الباقي لا يثبت للمستأجر خيارًا.

كما لو اشترى عبدين وقبضهما ثم هلك أحدهما بعد القبض قالوا: وعليه إشكال كان يجب أن يثبت الخيار هاهنا. وإن انهدم أحدهما بعد القبض؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام؛ لأن المنافع لم تصر مقبوضة بقبض الحمام ولا تتم الصفقة إلا بقبض المعقود عليه إلا أن الجواب عن هذا الإشكال ما ذكرنا أن الصفقة تفرقت قبل التمام في حق المنافع، أما في حق العين تفرق بعد التمام وتفرق الصفقة في حق المنافع لا يوجب للمستأجر خيارًا على ما مر.

وتفرق التسليم فيما استحق تسليمه متفرقًا لا يثبت للعاقد خيارًا، أما إذا انهدم قبل القبض فقد تفرق التسليم في حق العين قبل التمام، وتفرق التسليم في حق العين يثبت للعاقد خيار الفسخ؛ لأنه استحق تسليمه جملة لما كان في وسع الآجر[٣] تسليمه جملة، هذا إذا كان المستأجر حمامين، فأما إذا كان المستأجر حمامًا واحدًا ثم انهدم بيت منها كان له الخيار سواء انهدم قبل القبض أو بعد القبض أما قبل القبض فله الخيار لوجهين:

أحدهما: أن الصفقة تفرقت في حق العين قبل التمام.

والثاني: أن انهدام بيت منها يوجب تعييبًا في منفعة الباقي؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها منفعة الحمام إلا بالكل، وإن انهدم بعد القبض ثبت [له][٤] الخيار بسبب العيب؛ لأن انهدام بيت منها أوجب خللاً في منفعة الباقي، وإنه عيب حدث قبل القبض،

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ز.
(٣) في أ، ز: الأجير.
(٤) سقط في أ، ز.

فأثبت للمستأجر الخيار.

قال في الأصل: وإذا استأجر الرجل رحى بالبيت الذي هو فيه ومتاعها[(١)] بعشرة دراهم كل شهر ثم طحن فيها طحينًا بثلاثين درهمًا في الشهر فربح عشرين، هل تطيب له الزيادة أو لا؟ فهذا على وجهين: أما إن أصلح فيها شيئًا ينتفع به في الرحى بأن كرى نهرها أو نقب الحجر أو لم يصلح، فإن لم يصلح فإن كان يلي الطحن بنفسه تطيب له الزيادة؛ لأنه أجر الرحى ونفسه، والزيادة على أجر الرحى يجعل بإزاء منفعة نفسه فيجوز.

وأما إذا كان رب الطعام هو الذي يلي الطحن بنفسه فإنه لا تطيب له الزيادة؛ [لأنه ليس بإزاء الزيادة][(٢)] عوض فيكون ربح ما لم يضمن، فلا تطيب [الزيادة][(٣)]، وإن كان أصلح شيئًا فإنه تطيب له [الزيادة][(٤)]، وإن كان لا يلي الطحن بنفسه، وتجعل الزيادة بإزاء منفعة ما أصلح فلا يكون ربحًا فتطيب له [الزيادة][(٥)].

وإذا استأجر [الرجل][(٦)] رحى [ماء][(٧)] على أن يطحن فيها [حنطة فطحن فيها][(٨)] غير الحنطة هل يصير مخالفًا؟ إن كان ضرر ما يطحن مثل ضرر الحنطة أو دونه لا يكون مخالفًا؛ لأنه خلاف صورة لا معنى وإن كان في الضرر فوق ضرر الحنطة يكون مخالفًا فيعتبر فيه أحكام الغصب.

قال: وإذا استأجر رحى من رجل وبيتًا من [رجل][(٩)] آخر وبعيرًا من آخر

---

(١) في أ: ومتاعًا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ، ز.

واستأجر الكل صفقة واحدة كل شهر بأجر معلوم وأجروا ذلك فهو جائز؛ لأنه لو أفرد العقد على [كل][١] واحد من هذه الأشياء جاز وكذا إذا جمع بين الكل في عقد واحد وصار كما لو اشترى هذه الأشياء جملة منهم صفقة واحدة وإنه يجوز ويقسم الثمن بينهم على [قدر][٢] قيم[٣] أموالهم فكذا هذا فإن لم يؤجروا ولكن اشتركوا على أن يكون من عند أحدهم الرحى ومن الآخر البيت ومن [الثالث البعير][٤] على أن يؤجروا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء كان بينهم أثلاثًا كانت هذه شركة فاسدة.

قال: وإذا كان لرجل بيت ونهر ورحى ومتاعها فانكسر الحجر الأعلى فجاء رجل فنصب مكانه حجرًا بغير أمر صاحبه وجعل يطحن للناس بأجر معلوم، ويتقبل الطعام بالأجر فهو مسيء في ذلك ولا أجر عليه؛ لأنه غاصب لما عدا الحجر الأعلى والغاصب إذا أجر ما غصب لا أجر عليه، والأجر يكون له، ويكون مسيئًا فكذلك هذا.

ولو كان وضع [الحجر][٥] الأعلى برضا صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان وعلى أن يعملا بأنفسهما كان هذا مثل الباب الأول يعني [متى][٦] أجروا الحجر الأعلى كان جميع الأجر لصاحب الحجر الأعلى وإن تقبل كل واحد منهم، فهو بينهم.

قال: ولو أن رجلاً بنى على نهر بيتًا ونصب فيه رجل [رحى][٧] بغير رضا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، ز: قيمة.
(٤) في أ، ز: الآخر الجمل.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ز.

صاحب النهر ثم تقبل الطعام [وطحنه وكسب][1] مالًا كان الكسب له؛ لأنه هو العاقد للإجارة فيكون الأجرة له ويصير غاصبًا لأرضه فتعتبر فيه أحكام الغصب فيضمن ما انتقص من أرضه كغاصب الأرض، ولكن لا يضمن الماء؛ لأن الماء قبل الإحراز غير مملوك لصاحب النهر فلا يضمن للماء شيئًا.

* * *

(١) في ز: واكتسب.

الفصل الخامس[(١)] عشر

في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذرًا وما لا يصلح

الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا؛ لأن الفسخ في باب الإجارة امتناع عن القبول من وجه، وفسخ لعقد منعقد من وجه؛ لأن الإجارة في حق المعقود عليه، وهو المنافع يتجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، وفي حق الأجرة يعتبر منعقدًا في الحال؛ لأنه ضرورة في حق الأجرة، وإنما تأخر وقوع الملك في الأجرة [لا لعدم][(٢)] انعقاد العقد في حقه للحال بل ضرورة تأخر الملك في المنفعة تحقيقًا للتساوي؛ ولهذا قلنا: إن الأجرة تملك بالتعجيل أو باشتراط التعجيل، ولو لم يكن العقد منعقدًا في طرف الأجرة، لما ملكت بالتعجيل [أو اشتراط][(٣)] التعجيل [كما إذا][(٤)] أضيفت إلى وقت ثان.

وإذا اعتبرت الإجارة منعقدة في الحال في حق الأجرة، وفي حق المنافع يعتبر متجددًا انعقادها ساعة فساعة كان الفسخ امتناعًا عن القبول من وجه فسخًا لعقد منعقد من وجه فعملنا بهما في الحالين، فاعتبرناه امتناعًا عن القبول حال عذر تمكن في العاقد فجوزناه من غير قضاء، و[لا][(٥)] رضا صاحبه على ما عليه[(٦)] إشارات «الأصل» و «الجامع الصغير»، [و][(٧)] اعتبرناه فسخًا لعقد منعقد حال عدم العذر فلم نجوزه بغير رضا صاحبه توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبهة الامتناع عن القبول حالة عدم العذر؛ لأنا لو أظهرنا شبهة الامتناع عن القبول حال عدم العذر، يلزمنا إظهاره حال العذر بطريق الأولى فحينئذ يتعطل العمل

---

(١) في ز: الرابع.
(٢) في أ: لانعدام.
(٣) في ز: إذا اشترط.
(٤) في أ، ز: كيف لو.
(٥) سقط في ز.
(٦) في أ: فيه.
(٧) سقط في أ، ز.

بالشبهين فعملنا على الوجه الذي قلنا؛ ليمكننا العمل بالشبهين.

واستقبح محمد رحمه الله قول من يقول: بأن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار، فقال: أرأيت لو أن رجلاً أمر رجلاً ليقلع سنه لوجع أصابه، أو استأجر [رجلًا][١] ليقطع يده لأكلة وقعت فيها، فسكن الوجع وبرأت اليد أيجبر المستأجر على المضي على الإجارة والتمكين من قلع السن وقطع اليد، أرأيت إذا استأجر رجلاً ليتخذ له وليمة لعرس، فماتت [العروس][٢] أيجبر المستأجر على المضي؟ لا شك أنه لا يجبر، لما في المضي من الضرر[٣]، [وإنه][٤] قبيح.

ثم العذر إذا تحقق تنفسخ الإجارة بنفس العذر أو تحتاج فيه إلى الفسخ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا نصًّا في شيء من الكتب وإشارات الكتب متعارضة، في بعضها يشير [إلى][٥] أنها تنفسخ[٦] بنفس العذر، وبه أخذ بعض المشايخ، وفي عامتها يشير [إلى][٧] أنها يحتاج فيه إلى الفسخ، وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح.

ومن المشايخ من قال: كل عذر يمنع المضي في موجب العقد شرعًا، تنتقض الإجارة بنفسه ولا تحتاج فيه إلى الفسخ كما في مسألة الأكلة وقلع السنّ، فإن بعد ما برأت اليد وسكن الوجع لا يجوز قلع السنّ وقطع اليد فلا فائدة في إيفاء العقد فينتقض ضرورة، وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعًا ولكنه يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ، ثم [إذا][٨] احتيج إلى الفسخ على ما عليه إشارات عامة الكتب [هل][٩] ينفرد صاحب العذر بالفسخ أو يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو رضا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: العذر.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: لم تنفسخ.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ، ز.

العاقد الآخر؟

ذكر في الزيادات أنه يشترط القضاء أو[١] الرضا.

وأشار في الجامع الصغير وفي الأصل أنه لا يشترط القضاء أو الرضا من شرط النقض من المشايخ اختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا: ما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما إذا لحق الآجر دين، وهو يدعي أنه لا وفاء له إلا من ثمن الدار ويحتمل أن له وفاء بغير الدار المستأجرة، فيحتاج فيه إلى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء.

وما ذكر في الأصل والجامع الصغير محمول على ما إذا كان العذر أمرًا واضحًا لا اشتباه فيه، فلا يحتاج فيه إلى القضاء ومنهم الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوي رحمهم الله.

وصحح شيخ الإسلام الرواية المطلقة وصحح شمس الأئمة الحلواني في مسألة الدين إذا باع المستأجر المتأجر بعذر[٢] الدين رواية الزيادات وهكذا ذكر فخر الإسلام أن في الدين يفتى برواية الزيادات وفيما عدا الدين يفتى بعامة الروايات، وهكذا كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله.

وجه رواية الجامع الصغير والأصل: أن هذا في معنى العيب قبل القبض فإن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار حقيقة، والعيب قبل القبض يوجب الفسخ من غير قضاء ولا رضا كما في بيع الغبن.

وجه رواية الزيادات: أن هذا إن كان في معنى العيب قبل القبض حقيقة كما قلتم فهو في معنى العيب بعد القبض حكمًا فإن أقيم قبض الدار مقام قبض المنفعة في حق تمام العقد فيشترط فيه القضاء أو الرضا.

إذا حدث في العين المستأجرة عيبٌ لا يوجب [خللًا][٣] في المنافع، وإذا لم

---

(١) في أ: و.
(٢) في أ: بقدر.
(٣) سقط في أ.

يكن خللاً في المنافع لم يكن للمستأجر عيب أن يفسخ العقد به، وذلك نحو العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت[١] إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره، أو يسقط حائطًا من الدار لا ينتفع به في سكناها، وهذا؛ لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة فإذا لم يتمكن الخلل في المنافع كان المعقود عليه قائمًا من كل وجه فلا معنى لإثبات الخيار، وإن كان العيب يوجب خللاً في المنافع كالعبد إذا مرض والدابة إذا دبرت، والدار إذا انهدم بعض بنائها[٢] حتى أوجب نقصانًا في سكنى الباقي كان للمستأجر أن يفسخ العقد؛ لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه على الوجه المستحق بالعقد لتمكن الخلل فيه، فإن شاء رضي بالخلل واستوفاه كذلك، وإن شاء فسخ العقد.

وإن بنى المؤاجر ما سقط من الدار قبل فسخ المستأجر فلا خيار للمستأجر؛ لأن الخلل قد ارتفع والعقد يتجدد انعقاده على حسب المنافع فلم يتمكن الخلل في المعقود عليه في العقد الآتي فلا يكون له حق الفسخ ولو كان المؤاجر غائبًا فليس للمستأجر أن يفسخ؛ لأن هذا رد بالعيب وحضور العاقدين شرط صحة الرد بالعيب عرف ذلك في كتاب البيوع.

ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج، سواء كان صاحب الدار شاهدًا أو غائبًا فهذا إشارة إلى أن عقد الإجارة ينفسخ بانهدام الدار، فإنه قال: فللمستأجر أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدًا أو غائبًا، ولو لم ينفسخ العقد واحتيج في الفسخ إلى حضرة صاحبه، كما في المسألة المتقدمة.

وهذا فصل اختلف أصحابنا فيه، بعضهم قالوا: ينفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى، وانقطاع الشرب عن الأرض إذا كان لا يمكنه أن يزرع، واستدل هذا القائل باللفظ الذي ذكرنا.

---

(١) في أ، ز: ذهب.
(٢) في أ، ز: بنيانها.

وبه كان يفتي شيخ الإسلام وشمس الأئمة رحمهما الله ولكن يثبت للمستأجر حق الفسخ بغيبة الأجير.

ومنهم من قال: لا ينفسخ العقد بانهدام الدار، واستدل هذا القائل بما [ذكر محمد في كتاب الصّلح أنه إذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصّلح.

واستدلوا أيضًا بما][١] روى هشام عن محمّد رحمه الله فيمن استأجر بيتًا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع ولا الآجر فهذا إشارة إلى أن العقد لا ينفسخ بانهدام الدار؛ وهذا؛ لأن المنفعة ما فاتت من كل وجه، [فإن الانتفاع بالعرصة ممكن من وجه بأن ينصب خيمة فيها أو إن فاتت المنفعة من كل وجه، إلا][٢] أنها[٣] ما فاتت على وجه التأبيد إنما فاتت على وجه يحتمل العود فأشبه إباق العبد المستأجر، وذلك لا يوجب انفساخ العقد.

ونصّ في إجارات «الأصل» في باب الرحى [أن الإجارة في[٤] الرحى][٥] لا تنفسخ بانقطاع الماء عنها.

وفي «فتاوى الفضلي»: المؤاجر إذا نقض الدار المستأجرة برضا المستأجر أو بغير رضاه لا تنتقض الإجارة؛ لأن الأصل باق.

[قال][٦]: وهذا بمنزلة ما لو غصب الدار المستأجرة من المستأجر، وهناك لا تنتقض الإجارة، بل يسقط الأجر عن المستأجر ما دامت الدار في يد الغاصب

ومن المشايخ من قال: ينفسخ العقد بانهدام الدار ثم يعود بالبناء ومثل هذا جائز. ألا ترى أن الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد، ثم إذا دبغ جلدها

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في ز: لأنها.
(٤) زاد في ز: باب.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ز.

يعود العقد بقدره كذا هاهنا.

وإن بنى المؤاجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ [العقد][(١)] إن شاء هكذا ذكر في «النوادر» وإنه يخالف راوية هشام عن محمد رحمه الله في مسألة البيت.

ووجه هذه الرواية أن التغير[(٢)] قائم فيها؛ لأن الدار إذا كانت جديدة تكون أبرد في بعض الأوقات وأحر في بعضها وعلى قياس هذه الرواية ينبغي أن يكون للمستأجر حق الفسخ إذا سقط بعض البناء وبناه الآجر قبل الفسخ، ويجوز أن يكون بينهما فرق فيتأمّل عند الفتوى.

وقال محمد - رحمه الله - في السفينة المستأجرة: إذا نقضت وصارت ألواحًا، ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر، قال محمد رحمه الله: ولا يشبه هذا الدار؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى، ألا ترى أن من غصب من آخر ألواحًا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك، وأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر دارًا وقبضها، فانهدم بيت [منها][(٣)] يرفع عنه من الأجر بحصته ولا يؤخذ واحد منهما ببنيانه.

وإذا استأجر غلامًا ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر أن يسافر فهذا عذر له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه إلا بحبس نفسه [في المصر][(٤)]؛ إذ لا يمكنه أن يخرج بالعبد؛ لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر، وحبس نفسه في مكان بعينه[(٥)] عقوبة فيصير عذرًا له في فسخ الإجارة، وأما إذا استأجره ليخدمه

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: العين.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في أ، ز: الغربة.

مطلقًا ولم يقيده بالمصر، ثم أراد المستأجر أن يسافر هل يكون له عذر في فسخ الإجارة؟ فهذه المسألة تنبني على مسألة أخرى أن من استأجر عبدًا في المصر للخدمة هل له أن يسافر به؟ إن لم يكن له أن يسافر به كان عذرًا [له](١)، وإن كان له أن يسافر به لم يكن عذرًا وستأتي المسألة في فصل الاستئجار للخدمة.

فإن قال المؤاجر للقاضي: إنه لا يريد السفر، ولكنه يريد فسخ الإجارة، وقال المستأجر: أنا أريد السفر، فالقاضي(٢) يقول للمستأجر: مع من تخرج فإن قال: مع فلان وفلان، فالقاضي يسألهم أن فلانًا هل يخرج معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا: نعم ثبت العذر وما لا فلا؛ وهذا؛ لأن الخروج لا بد له من الاستعداد قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُواْ ٱلْخُـرُوجَ لَأَعَدُّواْ لَهُۥ عُدَّةً﴾(٣).

وبعض مشايخنا قالوا: القاضي يحكم بزيه وثيابه فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرًا وهذا؛ [لأن](٤) الزي والسيما حجة يجب العمل بها عند اشتباه الحال على ما عرف في موضعه.

وبعضهم قالوا: إذا أنكر الآجر السفر، فالقول قوله. وبعضهم قالوا: القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت [على السفر](٥)، وإليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله.

وكذلك لو خرج من المصر ثم عاد يحلّف بالله إنك قد خرجت قاصدًا إلى الموضع الذي ذكرت، ولو أراد ربّ العبد أن يسافر لا يكون ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة؛ لأنه(٦) يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في مكان معين بأن

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: أن.
(٣) سورة التوبة آية: ٤٦ .
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في أ: لا.

يخرج إلى السفر، ويخلي بين المستأجر وبين العبد.

ونظير هذه المسألة إذا استأجر من آخر دارًا ليسكنها ثم عزم على السفر، [لا يكون ذلك عذرًا][١] له في فسخ الإجارة.

وإذا استأجر حانوتًا في سوق ليعمل فيه عملاً مثلاً بزازي، فلحقه دين أو أفلس، وقام عن السوق، فهذا عذر في فسخ الإجارة؛ لأنه فات ما هو المقصود من هذه الإجارة؛ لأن المقصود منها أن يتجر في هذا الحانوت ولا يمكنه ذلك بعد الإفلاس، وبعد ما لحقه الديون؛ لأن الغرماء يأخذون الأموال منه، ويمنعونه عن التصرف فيها[٢].

ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن أراد المستأجر أن يتحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص، ويعمل ذلك العمل لم يكن[٣] ذلك عذرًا؛ لأن ما هو المقصود من هذه الإجارة لم يفت واستيفاء ما وقع عليه العقد ممكن من غير أن يلحق المستأجر ضرر، ولكن يفوته [نفع][٤] طمعه، إلا أنّ تحصيل النفع ليس بواجب إنما الواجب دفع الضرر.

ولو أراد أن يقوم من هذا العمل ويعمل عملاً آخر ذكر في «الفتاوى الصغرى» أن هذا عذر.

[و][٥] فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر غلامًا ليعمل له عمل الخياطة، ثم بدا له أن يأخذ في عمل آخر، فإن ذلك ليس بعذر؛ لأنه [لا][٦] يمكنه أن يحمل[٧] الغلام

---

(١) في أ، ز: فإن ذلك عذر.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٥٠٠).
(٣) زاد في ز: له.
(٤) سقط في ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) في أ، ز: يفقد.

في ناحية الدكان يعمل له عمل الخياطة وهو في ناحية [أخرى][(١)] يعمل عملاً آخر بخلاف [ما][(٢)] إذا كان يعمل بنفسه.

وذكر في فتاوى «الأصل»: هذه المسألة على التفصيل فقال: إن تهيأ له العمل الثاني على ذلك الدكان ليس له النقض؛ لأنه لم يتحقق الضرر[(٣)] وإن لم يتهيأ فله النقض؛ لأنه يتحقق العذر، وذكر في «الجامع [الصغير][(٤)]» مطلقًا أنه ليس بعذر، [كما ذكر في «الفتاوى الصغير»][(٥)]، ومسألة «الجامع الصغير» تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

المؤاجر[(٦)] إذا وجد زيادة على الأجرة لا يكون ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة؛ لأنه [لا][(٧)] يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلزمه إنما يفوته نوع نفع [طمعه][(٨)] غير أنه لا عبرة لفوات المنفعة على ما مرَّ.

وفي «فتاوي أبي الليث» رحمه الله: رجل ساكن في قرية استأجر أرضًا في قرية أخرى ثم بدا له أن يترك هذه الأرض، ويزرع أرضًا أخرى في قرية أخرى قال: إن كان بينهما مسيرة سفر كان عذرًا له في فسخ الإجارة، وما لا فلا؛ وهذا؛ لأن المسافة إذا كانت بعيدة يلحقه الضرر، وإذا كانت قريبة لا يلحقه الضرر، وقدرت البعيدة بمسيرة [السفر][(٩)].

وإذا لحق الآجر دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن الدار المستأجرة، فهذا عذر في

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ز: العذر.
(٤) سقط في ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: الآجر.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ.

فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه إيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه، وهو الحبس، فإنه يحبس لو امتنع عن البيع وإيفاء الثمن فيصير ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة.

فإن قيل: ينبغي ألا يحبسه القاضي إذا[١] تعلق بماله حق المستأجر، ويؤخر الحبس إلى أن تنقضي مدة الإجارة، قلنا: القاضي لا يصدقه في أنه لا وفاء له إلا [من][٢] ثمن المستأجر فيحبسه لهذا.

وينبغي للآجر أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وليس للآجر أن يفسخ بنفسه، وقد مرّ هذا.

ثم إذا رفع الآجر الأمر إلى القاضي إن طلب من القاضي أن ينقض الإجارة فالقاضي لا ينقضها؛ لأنه [لا حق للآجر][٣] في نقض الإجارة، إنما حقه في البيع قضاء لدينه وتخليصًا لرقبته، فلو نقض القاضي الإجارة بطلبه ربما لا يتفق البيع بعد ذلك أو يكون احتيالًا [فيصير النقض][٤] مقصودًا، ويبطل حق المستأجر، وإنه لا يجوز، وإن طلب من القاضي أن يبيع المستأجر بنفسه أو بأمر الآجر[٥] أو غيره بالبيع، أجابه القاضي إلى ذلك، وهذا الجواب إنما يتأتى على ظاهر الرواية؛ لأن حق المستأجر لا يمنع البيع و[لكن يمنع][٦] التسليم.

وللمشتري الخيار بين أن يتربص إلى أن تمضي الإجارة، وبين أن يرفع الأمر إلى القاضي، ويطلب التسليم أو الفسخ، وإذا رفع الأمر إلى القاضي، وأثبت البائع الدين بالبيّنة، فالقاضي يمضي البيع ويتضمن ذلك نقض الإجارة ويأخذ الثمن من المشتري ويسلمه إلى الغريم.

---

(١) في أ: إذ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ، ز: فيكون البعض.
(٥) في أ: المستأجر.
(٦) سقط في أ، ز.

قال: وإلى أن يمضي القاضي البيع فالأجرة واجبة على المستأجر؛ لأن المستأجر في يده، وهو متمكن من الانتفاع به فيجب عليه الأجر، فكان الأجر للآجر؛ لأنه بدل ملكه ويكون طيبًا له؛ لأنه وجب بحكم عقد صحيح، وكذلك لو أن الآجر باع الدار بنفسه قبل أن يتقدموا إلى القاضي، ثم تقدموا إلى القاضي، فعلى المستأجر أجر الدار حتى ينقض القاضي الإجارة بإمضاء البيع وتنفيذه لما ذكرنا من المعنى.

هذا إذا كان الدّين على الآجر ظاهرًا معلومًا للقاضي، وأما إذا لم يكن ظاهرًا معروفًا، وإنما عرف بإقرار الآجر وصدقه المقر له في إقراره وكذبه المستأجر، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - بيعت الأرض، ونقضت الإجارة، وعلى قولهما لا تباع الأرض ولا تنقض الإجارة فهما لا يقولان[١] بصحة إقراره في حق المستأجر؛ لأنه تضمن إضرارًا بالمستأجر بإبطال حقّه عن عين المستأجر؛ لأن حقّه تعلق بعين المستأجر؛ ولهذا لا يصح [إقرار][٢] الآجر بعين المستأجر لغيره فيكون إقرارًا على المستأجر، وإقرار الإنسان على غيره لا يصح.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول بصحة إقراره؛ لأنه تصرف في ذمّته؛ لأن [محل الدين][٣] الذمّة ولا حق لأحد في ذمّته؛ فكان إقرارًا على نفسه، فيصح الإقرار، ويثبت [٤] الدين مطلقًا.

وما يقولان بأن فيه ضرر المستأجر قلنا: لا ضرر للمستأجر في نفس الإقرار، وإنما ضرره في البيع والاستيفاء، وإنه فعل اختياري لا يضاف إلى الإقرار، فلا يصير به مقرًا على الغير، كإقرار العبد على نفسه بالقصاص، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا ثبت الدّين مطلقًا بإقرار الآجر صار الآجر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع فيجب عليه البيع كما في المسألة الأولى، ويحبس إذا امتنع عنه.

---

(١) في أ: يقومان.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ.
(٤) قي أ: ويجب.

وعندهما [لما][(١)] لم يثبت الدّين بإقراره في حق المستأجر لم يصر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع، فلا يجب عليه البيع، فلا يحبس كما إذا امتنع عنه، ولكن المقر له يلازم الآجر، ويدور معه حيث دار فإذا انقضت مدة الإجارة الآن يحبسه؛ لأنه [صار][(٢)] قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع.

إذا أجر داره ثم أراد أن ينقض الإجارة ويبيع الدار؛ لأنه لا نفقة له ولعياله، فله ذلك، هكذا ذكر في «فتاوى أبي اللّيث»؛ لأن هذا أشد من الحاجة إلى قضاء الدين وذلك عذر فهذا أولى.

وفي «الأصل»: إذا انهدم منزل الآجر، ولم يكن له منزل آخر، فأراد أن يسكن هذا المنزل لم يكن له ذلك.

وفي «فتاوى أبي اللّيث» رحمه الله: إذا تكارى إبلاً من الكوفة إلى بغداد، ثم بدا له أن يتكارى بغلا [فعلى هذا][(٣)] ليس بعذر بل هذا تمني أما لو اشترى بعيرًا أو دابة فهو عذر؛ لأنه استغنى عن الإجارة فصار كما لو ترك السفر.

وفي الأصل: إذا استأجر من آخر منزلًا ثم إن المستأجر اشترى منزلًا وأراد أن يتحول إليه ويفسخ الإجارة، فليس له ذلك؛ وهذا ليس بعذر؛ لأنه يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحق نفسه؛ فإنه يؤاجر منزله الذي اشترى[(٤)]، ويصرف الأجر إلى الذي استأجره، وكلما[(٥)] أمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحق نفسه وماله، لم يصلح عذرا في فسخ الإجارة فعلى قياس ما ذكر في «الأصل» ينبغي أن يقال في مسألة «الفتاوى»: إنه إذا اشترى بعيرًا أو [دابّة لا][(٦)] يكون عذرًا.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: فهذا.
(٤) في ز: اشتراه.
(٥) في أ: كما.
(٦) في أ: أراد به أن، وفي ز: دابه أن.

قال في الجامع الصغير: الخياط إذا استأجر غلامًا؛ ليخيط معه فأفلس الخياط، وقام عن السوق فهذا عذر؛ لأنه تنقطع تجارته بالإفلاس فتبقى التجارة غرامة عليه فيثبت له حق الفسخ دفعًا للغرامة عن نفسه.

فإن قيل: الخياط يتوصل إلى الخياطة بمال قليل، فكيف يتحقق إفلاسه، قلنا: الخياط إنما يتوصل بمال قليل إذا كان يعمل لغيره، أما إذا كان يعمل لنفسه(١) لا يتوصل إليها إلا بمال كثير.

ومحمد - رحمه الله - قال: هذا خياط يعمل لنفسه على أن الخياط الذي يعمل لغيره قد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه أو يلحقه ديون كثيرة وصار الناس بحال لا يأمنون على أمتعتهم، فأما إذا أراد أن يترك الخياطة ويعمل في الصرف فهذا ليس بعذر لفسخ الإجارة.

وقال في كتاب الإجارات: إذا استأجر من آخر حانوتًا ليبيع فيه الطعام، ثم بدا له أن يقعد في سوق الصيارفة فهذا عذر.

والفرق أن في مسألة كتاب الإجارات لا يمكنه استيفاء المعقود عليه، إلا بحبس نفسه في هذا السوق المعين؛ إذ لا يمكنه الجمع بين تجارتين في سوق واحد، وحبس نفسه في مكان معيّن عقوبة وعذاب فجعل ذلك عذرًا دفعًا للعقوبة عن نفسه، أما في مسألة «الجامع الصغير» يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في هذا السوق المعيّن، بأن يقعد بنفسه في سوق الصيارفة، ويستعمل الغلام في عمل الخياطة في ذلك السوق، فلم يجعل ذلك عذرًا.

وإذا استأجره لنقض بناء له أو ليخيط أو ليقطع قميصًا له أو يبني له بناء أو ليزرع أرضًا له ببذره، ثم بدا له ألا يفعل كان ذلك عذرًا له؛ لأنه لا يمكنه المضي على الإجارة إلا باستهلاك المال في بعض الصور، وهو الزراعة والقطع والبناء أما الزراعة

---

(١) في أ: بنفسه.

والقطع فظاهر، وأما البناء؛ فإن[١] فيه [إتلاف المالية][٢].

وكذلك إذا استأجره للحجامة والفصد؛ لأن في الحجامة والفصد إيلام وإتلاف جزء من البدن، ولو امتنع الأجير عن العمل في هذه الصورة يجبر عليه، ولا تفسخ الإجارة؛ لأنه يمكنه المضي على الإجارة من غير ضرر يلزمه.

وإذا استأجر أرضًا ليزرعها فغرقت الأرض أو نزَّت كان ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات قبل التسليم، وإنه يثبت للعاقد حق الفسخ، وطريقه ما قلنا. فإن مرض المستأجر وعجز عن الزراعة فإن كان ممن يعمل بنفسه [فهذا عذر][٣]؛ لأنه عجز عن الانتفاع بالأرض لمرضه، إذا كان يعمل بنفسه فهو بمنزلة ما لو عجز عن الانتفاع بالأرض بأن غرقت أو نزت، وذلك عذر فهذا كذلك، وإن كان يعمل بأجرائه فهذا ليس بعذر؛ لأن مرضه لا يمنع أجراءه عن العمل في الأرض.

وإذا أبق العبد المستأجر فللمستأجر أن يفسخ الإجارة وهو[٤] عذر؛ لأن المعقود عليه فات قبل التسليم، فهو عذر بمنزلة الأرض إذا غرقت أو نزت، وإذا وجد العبد المستأجر للخدمة سارقًا فهو عذر؛ لأن هذا بمنزلة العيب في المعقود عليه؛ لأن السرقة توجب نقصانًا في الخدمة؛ لأنه متى كان سارقًا لا يأمنه المستأجر على ماله إذا خلى بينه وبين أعمال الخدمة في الدار خوفًا من سرقته[٥] ماله ويتعسر عليه ملازمته كل ساعة وأوان.

[فهو معنى][٦] قولنا: فهو عيب في المعقود عليه فيثبت للعاقد الخيار كما إذا

---

(١) في ز: فلأن.
(٢) في ز: إتلافا.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: وهذا.
(٥) زاد في أ، ز: على.
(٦) سقط في أ.

وجد العبد المشترى سارقًا، وإذا[١] كان العبد غير حاذق للعمل الذي استأجره له، فهذا لا يكون عذرًا للمستأجر في فسخ الإجارة؛ لأنه [لا][٢] عيب في المعقود عليه ولا نقصان، إنما فات صفة الحذاقة فهو بمنزلة صفة الجودة فلا تصير مُستحقة بمطلق العقد، بل يراعي في استحقاقها الشرط ألا ترى أن من اشترى حنطة ولم يشترط جودتها فوجدها وسطًا، لا يكون له حق الفسخ كذا هاهنا.

وإن كان عمله فاسدًا كان له الخيار؛ لأن هذا عيب في المعقود عليه فهو بمنزلة ما لو وجد الحنطة عفنة.

وإذا وقعت الإجارة على دواب بعينها لحمل [المتاع][٣]، فماتت، انفسخت الإجارة بخلاف ما إذا وقعت على دواب لا بعينها وسلم الآجر إليه دوابًا فماتت لا ينفسخ العقد، وعلى الآجر أن يأتي بغير ذلك.

والفرق: أن عند تعيين الدواب المعقود عليه منافع الدواب المعيّنة، فإذا هلكت فقد هلك المعقود عليه فيبطل، وأما عند انعدام التعيين المعقود عليه فعل الحمل في ذمّة الآجر والإبل آلة الحمل، [و][٤] كما أن [التي][٥] عينها الآجر [بعد العقد][٦] آلة الحمل فغيرها آلة الحمل فلا معنى لانفساخ العقد، فإن وقعت الإجارة على دواب بعينها [ومرضت][٧] فللمستأجر حق الفسخ؛ لأن منفعة الحمل تنتقض بالمرض، فكان [ذلك][٨] عيبًا في المعقود عليه. وعن أبي يوسف رحمه الله: [أن][٩] للمؤاجر حق الفسخ أيضًا؛ لأن الركوب والحمل مع المرض يوجب زيادة ضرر في

(١) في أ، ز: وإن.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ، ز.

ملكه، وذلك غير مستحق [بالعقد][(١)]، وإن مرض الآجر في هذه الصورة ذكر القدوريّ رحمه الله في «شرحه» أن له حق الفسخ، وهذا خلاف رواية «الأصل»، فعلى ما ذكره القدوري يحتاج إلى الفرق بين ما إذا مرض [المؤاجر][(٢)]، وبين ما إذا أراد أن يقعد [ولا يخرج][(٣)] فإن[(٤)] ذلك لا يكون عذرًا له في فسخ الإجارة.

والفرق: أنه إذا مرض [فقد][(٥)] عجز عن الخروج، وغيره لا يقوم مقامه في الخروج إلا بمؤنة وضرر يلحقه فيكون ذلك عذرًا [له][(٦)]، وأما إذا أراد أن يقعد ولا يخرج فما عجز عن الخروج، بل هو قادر عليه، وإنما تركه باختياره؛ فكان عليه أن يقيم غيره مقامه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في امرأة ولدت قبل الفجر قبل أن تطوف طواف الزيارة وأبى الحمال أن يقيم معها مدة النفاس، فهذا عذر للحمال في فسخ الإجارة.

ولو ولدت قبل يوم النحر فجاء [يوم النحر][(٧)] وقد بقي من مدة النفاس كمدة[(٨)] الحيض، عشرة[(٩)] أو أقل أجبر الحمال على المقام معها؛ لأنه لا يمكن جبرها على الخروج وترك طواف الزيارة في الفصلين جميعًا، فلا يمكن جبر الحمال في الفصل الأول؛ لأنه ما جرت العادة بالمقام بمكة بعد الفراغ من الحج مثل مدة النفاس فيتضرر الحمال بذلك فينفسخ العقد دفعًا للضرر عنه.

أما في الفصل الثاني جبر الحمال على المقام ممكن؛ لأن العادة جرت بالمقام

---

(١) سقط في أ،ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ: لأن، وفي ز: فلأن.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ز: مدة.
(٩) زاد في أ: أو غيرها.

بعد الفراغ من الحج مثل هذه المدة فلا يتضرر الحمال بذلك.

وإذا اشترى شيئًا وأجره من غيره، ثم اطلع على عيب به [فله رده][1] بالعيب وتفسخ الإجارة؛ لأنا لو بقينا عقد الإجارة يتضرّر الآجر من حيث إنه يلزمه المبيع معيبًا.

وإذا أجر الرجل نفسه في عمل من الأعمال ثم بدا له أن يترك [ذلك][2] العمل وينتقل إلى غيره، بأن كان حجامًا مثلاً أجر نفسه للحجامة، ثم أنفت نفسه من هذا العمل، وأراد أن يترك، ليس له ذلك؛ لأنه التزم العمل وصح الالتزام؛ ولا عار فيه وقت الالتزام؛ لأنه من أهله وإنما أراد أن يترفع[3] الآن فيقال له: أوف ما التزمت ثم ترفع[4] فإن كان ذلك العمل ليس من عمله، وهو مما يعاب بذلك فله أن يمتنع عن العمل وأن يفسخ الإجارة؛ لأنه إذا لم يكن ذلك العمل من عمله يلحقه العار في المضي عليه، فيصير ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة وكذلك الإجارة في المرأة إذا أجرت نفسها ظئرًا، وهي مما تعاب بذلك فلأهلها أن يخرجوها، وكذلك إذا أبت لم تجبر عليه لما ذكرنا.

وعن محمد رحمه الله فيمن استأجر أرضًا ليزرعها شيئًا سماه فزرعها وأصاب الزرع آفة، وقد ذهب وقت زراعة ذلك النوع، فإن أراد أن يزرع ما هو أقل ضررًا من الأول أو مثله فله ذلك وإلا فسخت الإجارة، وألزمته ما مضى من الأجر؛ وهذا [لأن][5] في إبقاء العقد [مع][6] فوات المقصود إضرار بالمستأجر ولا [ضرر للآجر][7] في زراعة ما هو دون الأوّل أو مثله.

---

(١) في أ: فلا يرده.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، ز: يرتفع.
(٤) في أ: يرتفع، وفي ز: ارتفع.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: يلزمه، وفي ز: يلزمه فيما.

وإذا انتقص الماء عن الرّحى، فإن كان النقصان فاحشًا فللمستأجر حق الفسخ، وإن كان غير فاحش، فليس له حق الفسخ؛ لأن مدة الإجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبًا، وتخلو عن نقصان فاحش غالبا؛ وهذا؛ لأن الماء لا[١] يجري على سنن واحد دائما، [بل][٢] ينتقص مرة ويزيد[٣] أخرى غير أن النقصان الفاحش في مدة قليلة ليس بغالب، وغير الفاحش غالب، فإذا أقدم على استئجار الرحى مع علمه بما ذكرنا يصير راضيا بغير الفاحش، ولا يصير راضيًا بالفاحش فلا يثبت حق الفسخ في غير الفاحش لمكان الرضا، ويثبت في الفاحش لانعدام الرضا.

قال القدوري في «شرحه»: إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه، فهو نقصان فاحش.

وفي «واقعات الناطفي»: إذا قل الماء ويدور الرحى ويطحن على نصف ما كان يطحن، فللمستأجر ردّه أيضًا، ولو لم يرده حتى طحن كان هذا رضًا منه، وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك، وهذه الرواية تخالف رواية القدوريّ. هذا[٤] إذا انتقص الماء عن الرحى في بعض المدّة، نحو أن يستأجر رحى ماء [كل شهر][٥] بأجر مسمّى فانقطع الماء عن الرحى في بعض الشهر، فلم يعمل فللمستأجر الخيار هكذا ذكر في «الأصل»، وهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ بانقطاع الماء عن الرحى؛ لأن المعقود عليه منفعة الطّحن وإن [فاتته قبل القبض][٦]. إلا أن العود موهوم، ومثله لا يوجب انفساخ العقد بل يثبت الخيار للعاقد كالعبد المستأجر إذا أبق[٧] في مدة الإجارة، فإن لم يفسخ حتى عاد الماء لزمته الإجارة فيما بقي من الشهر؛ لزوال

(١) في أ: لما.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ز: ويزداد.
(٤) في أ، ز: و.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، ز: قل.
(٧) زاد في أ، ز: العبد.

الموجب للفسخ، ويرفع عنه الأجر بحساب ذلك هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الأصل».

واختلف المشايخ في تفسير قوله: بحساب ذلك، بعضهم قالوا: [معناه][(١)] بحساب ما انقطع من الماء في الشهر حتى إذا انقطع الماء عشرة [أيام سقط حصته عشرة أيام][(٢)] من الشهر، وذلك ثلث[(٣)] المسمى فيسقط عنه ثلث المسمى وهذا؛ لأن المعقود عليه [في إجارة الرحى][(٤)] منفعة الطحن لا غير؛ لأن الرحى تستأجر للطحن لا غير؛ فيجعل المعقود عليه منفعة الطحن، وقد فاتت منفعة الطحن في مدة عشرة أيام، فيسقط الأجر بقدره.

كما لو استأجر عبدًا ليخدمه شهرًا فأبق عشرة أيام، [فإنه][(٥)] يسقط الأجر بقدره، وذلك ثلث المسمّى فكذا هذا.

وقال بعضهم: أراد بقوله: «بحساب ذلك» أي: بحصّة ما انقطع من الماء.

وبيان ذلك: أن ينظر إلى بيت رحى عشرة أيام، وهو يطحن [بكم يستأجر؟ فإن كان يطحن][(٦)] يستأجر عشرة أيام بعشرة ولا يطحن يستأجر بخمسة سقط خمسة دراهم، وهو حصة ما انقطع من الماء، ولا يسقط [ثلث][(٧)] المسمّى كما قاله الأولون؛ وذلك؛ لأن منفعة الطحن إن فاتت بقيت منفعة السكنى وربط الدواب، فيسقط الأجر بقدر ما فات، ويبقى بقدر ما بقي.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: وما قاله الأولون أصح؛ لأن ظاهر الرواية يشهد

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في أ: يثبت.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ، ز.

بهذا؛ فإنه قال في «الأصل»: الماء إذا[(١)] انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر، فلا أجر عليه في ذلك، فقد[(٢)] نفى الأجر عنه أصلاً، ولو كانت منفعة السُكنى معقودًا عليه مع منفعة الطحن لأوجب بقدر ما يخصّ [منفعة][(٣)] السُكنى؛ وهذا؛ لأن الرحى لا تستأجر لمنفعة السُكنى، وإنما تستأجر لمنفعة الطحن فيجعل منفعة الطحن هو المعقود عليه مقصودًا، وغيره يدخل تبعًا، والبدل لا يقابل الأتباع فيكون الأجر كله بإزاء منفعة الطحن.

وذكر القدوري في «شرحه»: أن من استأجر رحى ماء سنة، فانقطع الماء بعد ستة أشهر، فأمسك الرحى حتى مضت[(٤)] مدة الستة أشهر فعليه الأجر لستة أشهر، ولا شيء عليه للباقي، وإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه بقي شيء من المعقود عليه فبقى الأجر بحصته، فهذا يدلك[(٥)] على [أن][(٦)] ما سوى منفعة الطحن داخل في هذا العقد أصلاً لا تبعًا فيكون دليلاً على ما قاله الآخرون.

وفي «نوادر ابن سماعة» [عن محمد رحمه الله][(٧)]: لو استأجر رحى ماء، والماء منقطع عنها وقال: أنا أصرف ماء نهري إليها، وكان ذلك بلا حفر ولا مؤنه، يلزمه [الأجر][(٨)] صرف الماء إليه أو لم يصرف، وإن كان ينبغي لذلك حفر نهر من نهره إلى نهر الرحى ومؤنة فقال: بدا لي في حفرها كان له أن يترك الإجارة، فإن حفر وأجرى الماء ثم بدا له أن يصرف الماء إلى زرعه، ويترك الإجارة، لم يكن له ذلك

---

(١) زاد في ز: كان.
(٢) في أ: ففي.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في ز: انقضت.
(٥) في أ: كذلك، وفي ز: كذلك لأن.
(٦) سقط في ز.
(٧) سقط في ز.
(٨) سقط في أ.

ويلزمه الأجر، فإن جاء من ذلك ضرر عظيم يذهب فيه زرعه [ويضر بماله إضرارًا عظيمًا][١] إن قطع الماء عنه جعل هذا عذرًا له أن يترك الإجارة.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر أرضًا فانقطع عنها شربها، وقد بقي من الإجارة شيء، قال: إن كانت مما يصلح أن يزرع فيها [عرفًا][٢] فلم يخاصم في الإجارة، ولم ينقضها حتى مضت المدة، يلزمه الأجر تامًا، فإن خاصم فيها، كان له أن يردها ويعطيه من الأجر بحسابه، وإن كانت مما لا يزرع فيها [عرفًا][٣] لم يلزمه أجرها فيما بقي من السنة، وإن لم يخاصم في ردّها.

قال في «الأصل»: وإذا استأجر الرجل موضعًا على نهر ليبني عليها بناء ويتخذ عليها رحى على أن الحجارة والحديد والمتاع من عند المستأجر، فهو جائز؛ لأنه أجر أرضًا مملوكًا له ليبني فيها بناء مدة معلومة بأجر معلوم فيكون جائزًا، كما لو استأجر أرضًا ليبني عليها منزلًا أو دارًا وإن[٤] انقطع ماء النهر كان عذرًا في فسخ الإجارة؛ لأن بناء الرحى إنما يكون لمنفعة الطحن، فإذا فات منفعة الطحن كان عذرًا في فسخ الإجارة.

وكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتًا ليتجر فيها فأفلس كان عذرًا في فسخ الإجارة فكذلك هذا، فإن فسخ الإجارة لم يبق لواحد منهما على صاحبه سبيل، وإن لم يفسخ حتى عاد الماء سقط حقه في الفسخ؛ لأن الموجب للفسخ زال قبل الفسخ فيسقط حقه في الفسخ كما لو زال الإفلاس في مسألة الحانوت قبل الفسخ، وهل يسقط عنه من الأجر بحساب ما انقطع من الماء أو لا يسقط؟ لم يذكر هذا في «الكتاب».

قالوا: ويجب ألا يسقط؛ لأن ما هو المعقود عليه [قائم بها جميعه؛ لأن المعقود

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ: أو.

عليه منفعة][(١)] وضع البناء على هذا المكان لا منفعة الطحن فإنه لم يستأجر [إلا رحىً][(٢)] إلا أن المقصود من وضع هذا البناء الطحن فكان الطحن ثمرة من ثمرات هذا العقد، والأجر يقابل المعقود عليه لا الثمرة.

فكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتًا ليتجر فيه فأفلس فلم يفسخ حتى مضى الشهر، لم يسقط شيء من الأجر؛ لأن المعقود عليه السكنى وإنه قائم إلا أن السكنى كان للتجارة ففوات التجارة في بعض مدة الإجارة أثبت للمستأجر حق الفسخ، ولم يوجب سقوط شيء من الأجر فكذلك [هذا][(٣)] بخلاف ما لو استأجر الرحى؛ لأن الإجارة وقعت على منفعة الطحن، وقد فاتت هذه المنفعة في مدة انقطاع الماء فلا بد من أن يسقط من الأجر بقدره.

وإذا خاف أن ينقطع الماء ففسخ الإجارة فأكرى[(٤)] البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لما ذكرنا.

وإن انقطع الماء يكون عذرًا؛ لأن بيت الرحى مستأجر لمنفعة الطحن، وكذلك لو شرط ألا خيار متى انقطع الماء لا يكون لهذا الشرط عبرة؛ لأنه شرط عليه الأجر حال فوات المعقود عليه قبل القبض، وهذا شرط باطل، كما لو شرط البائع الثمن على المشتري متى هلك المبيع في يده، كان هذا الشرط باطلاً كذا هذا.

وفي «فتاوي أبي الليث»: رجل استأجر طاحونين بالماء في موضع يكون الحفر على المؤاجر عادة فاحتاج النهر إلى الكراء[(٥)] وصار بحال لا يعمل إلا إحدى الرحاتين[(٦)]، وإن كان بحالٍ لو صرف الماء إليهما جميعًا يعملا[(٧)] عملاً ناقصًا، فله

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الرحى.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ، ز: ففي.
(٥) في ز: الكرى.
(٦) في ز: الرحيين.
(٧) في أ، ز: يعمل.

الخيار لاختلاف[١] ما هو المقصود بالعقد وعليه أجرهما إن لم يفسخ؛ لتمكنه من الانتفاع [بهما][٢]، وإن كان بحال لو صرف الماء إليهما لم يعملا، فعليه أجر إحداهما إن لم يفسخ؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع بالثانية، فإن تفاوت أجرهما، فعليه أجر أكثرهما إذا كان [كل][٣] الماء يكفي لكل واحدة منهما؛ لأن الشك وقع في سقوط الزيادة وإن كان ذلك في موضع يكون الحفر على المستأجر، فعليه الأجر كاملاً؛ لأنه هو المعطل لما لم يحفر مع أن الحفر عليه.

رجل استأجر عبدًا من رجل كل شهر بدرهم مثلاً، فمرض العبد ولم يقدر على مثل ما كان يعمل إلا أنه قد يعمل عملاً دون العمل الذي كان يعمله في الصحة، فله أن ينقض الإجارة، وإن لم ينقضها حتى مضى الشهر يلزمه الأجر، وإن مرض مرضًا لا يقدر على شيء من العمل فلا أجر له.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلاً ليحفر له بئرًا فلقي جبلاً فإن له الأجر بحساب ما حفر، فإن كانت بلدة يكون فيه ذلك فبلغ إلى ما [هو أصلب][٤] مما رأى، فإن كان يعلم أن ذلك سيلقاه كان عليه أن يحفره، وإن قال: لم أعلم، حلف بالله أنه لم يعلم وكان له من الأجر بحساب ما حفر.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا الجواب [خلاف][٥] جواب «الأصل» وقد مرّ جنس هذه المسألة قبل هذا.

وعنه أيضًا: في رجل استأجر رجلاً ليحفر له بئرًا في موضع أراه إياه، وأراه قدر استدارتها، [وشرط عليه أن يحفرها عشرة أذرع كل ذراع بكذا، فحفر منها أذرعًا ثم مات][٦]، فإنه يقوم ما حفر ويقوم ما بقي ثم يقسم الأجر على القسمين فيعطى حصة

---

(١) في ز: لاختلال.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ز: أصاب.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

ما حفر.

علل فقال: ؛ لأن كل ذراع منها سابغ في أسفلها وأعلاها ومعنى هذا أنه ينظر إلى قيمة ذراع من الأعلى وإلى قيمة ذراع من الأسفل؛ [لأن في][(١)] الأعلى الحفر يكون أرخص وفي الأسفل أغلى، فلا بد من الجمع بين القيمتين[(٢)] لتحقيق معنى العدل، ثم إذا ظهر قيمة الأعلى وقيمة الأسفل يجعل كل ذراع منهما، فيكون كل ذراع من الذراعين وتكون حصته من القيمتين.

وإذا تكارى دابة فوجدها لا تبصر بالليلّ أو وجدها جموحًا أو عضوضًا، فله أن يردها؛ لأنه وجد المعقود عليه معيبًا فكان له الرد كما في بيع الغبن[(٣)]، فإن ردها فليس له أن يطالبه بدابة أخرى إن وقعت الإجارة على هذه الدابة بعينها؛ لأن الإجارة انفسخت بردها وإن وقعت الإجارة على دابة لا بعينها، فله أن يطالبه بدابة أخرى.

وفي «مزارعة العيون»: إذا استأجر من آخر أرضًا وزرعها فلم يجد ماء ليسقيها، فيبس الزرع قال: إن كان استأجرها بغير شرب ولم ينقطع ماء النهر الذي يرجى منه السقي فعليه الأجر، وإن انقطع كان له الخيار، وإن كان استأجرها بشربها، فانقطع الشرب عنها فمن يوم فسد الزرع من انقطاع الشرب، فالأجر عنه ساقط كما لو انقطع الماء عن الرحى المستأجرة.

وفي موضع آخر: إذا استأجر أرضًا وماء ليزرعها فخرب[(٤)] النهر الأعظم، فلم يستطع سقيها فهو بالخيار إن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن لم يرد حتى مضت المدة فعليه الأجر إذا كان بحال يمكنه أن يحتال بحيلة ليزرع فيها شيئًا، أما إذا كان بحال لا يمكنه أن يزرع فيها شيئًا ما بوجه من الوجوه ولا حيلة له في ذلك، فلا أجر عليه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، ز: القسمين.
(٣) في أ: العين.
(٤) في أ: فجدب.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر أرضًا فانقطع الماء فإن كانت الأرض تسقى بماء الأرض، أو بماء المطر لكن انقطع المطر أيضًا فلا أجر عليه؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع بها.

وفي «الواقعات»: لو استأجر أرضًا فغرقت الأرض قبل أن يزرعها فلا أجر عليه كما لو غصبها من المستأجر [رجل وزرعها، ولو زرعها المستأجر][١] فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت فعليه الأجر كاملًا؛ لأنه قد زرع، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله.

وروى هشام عن محمد: رجل استأجر أرضًا [فزرعها وقل ماؤها][٢] فانقطع فله أن يخاصم الآجر حتى يفسخ القاضي العقد بينهما، وبعدما فسخ القاضي العقد يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل حتى يدرك زرعه، فإن سقى زرعه لا يكون له حق الفسخ بعد ذلك، وكان ذلك منه رضًا، والفتوى في مسألة هلاك الزرع أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدّة بعد هلاك الزرع، إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله أو دونه في الضرر بالأرض.

وفي مزارعة «فتاوى أهل سمرقند»: رجل استأجر أرضًا من أراضي الجبل فزرعها فلم يمطر عامه ولم تنبت حتى مضت السنة ثم مطر[٣]، ونبت، فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض، ولا نقصانها، وأحاله إلى «نوادر ابن سماعة» أما لا كراء عليه؛ فلتقرر العذر في كل[٤] المدّة، وأما عدم النقصان، فلأن الزراعة حصلت بإذن المالك.

قوله: لا كراء عليه قبل النبات فأما بعد النبات يجب أن يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل، كما لو انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد بعد،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ز: فرزعه وقل ماؤه.
(٣) في ز: مطرت.
(٤) في ز: جميع.

فإن هناك تترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل كذا هاهنا.

ولو استأجر خيمة وانكسر أوتادها فالأجر واجب، وليس للمستأجر حق الفسخ لأجله، ولو انقطع الأطناب فلا أجر؛ لأن الأطناب على الآجر والأوتاد على المستأجر.

وإذا قلع الآجر شجرة من أشجار الضياع المستأجرة، فللمستأجر [حق][١] الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة.

وإذا استأجر رجلاً ليذهب بحمولته إلى موضع كذا، فلما ذهب نصف الطريق بدا للمستأجر ألا يذهب إلى ذلك الموضع، ويترك الإجارة، وطلب من الآجر نصف الأجر قال: إن كان النصف الباقي من الطريق مثل الأوّل في الصعوبة والسهولة، فله ذلك وإلا يسترد بقدره.

إذا أجر داره من مسلم فكان المستأجر يجمع الناس فيها على الشراب ويبيع المسكر فيها فإن صاحب الدار يمنع المستأجر عن ذلك بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا يصير عذرا في فسخ الإجارة في شرح السير الكبير في باب إحداث أهل الذمه البيع والكنائس.

استأجر من آخر حانوتا سنة وظهر الحانوت إلى مسجد فمضت سنة وقد سرق من الحانوت من جانب المسجد في هذه المدة ثلاث مرات، هل للمستأجر أن يفسخ الإجارة؟

فقد قيل: له ذلك استدلالا بمسألة المعتدة إذا كانت تعتد في منزل الزوج إلا أنها خافت سقوط المنزل أو يغار على متاعها، كان لها أن تتحول عنه إلى منزل آخر، فقد جوز محمد - رحمه الله - لها الخروج من منزل العدة خوفا على متاعها فيجوز للمستأجر أيضا فسخ الإجارة والخروج عنه خوفا على متاعه.

إذا استأجر دارًا ليعلمه هذا العمل في هذه السنة، فمضى نصف السنة ولم يعلمه

---

(١) سقط في أ.

شيئا، كان له حق الفسخ، هذا فتوى شيخ الإسلام على الأسبيجابي رحمه الله.

استأجر أجيرا يوما للعمل في الصحراء كاتخاذ الطين ونحوه فسلم[١] ذلك اليوم بعدما أخرج الأجير إلى الصحراء، لا أجر له؛ لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر، هكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

سئل شمس الأئمة الحلواني: عمن استأجر حمامًا في قرية مدة معلومة، فنفر[٢] الناس، ووقع الخلاف، ومضت مدة الإجارة، هل يجب الأجر؟ قال: إن لم يستطع الرفق[٣] بالحمام فلا، وأجاب ركن الإسلام علي السغدي بلا مطلقًا، ولو بقي بعض الناس، وذهب البعض، يجب الأجر، كذا أجابا.

* * *

(١) في ز: فمطر.
(٢) في أ، ز: فبغوا.
(٣) في أ، ز: التوفيق.

الفصل السادس عشر

فيما يكون فسخًا للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ

كل من وقع له عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته، ومن لم يقع له العقد لا تنفسخ الإجارة بموته(١)، وإن كان عاقدًا، يريد به الوكيل والأب والوصي؛

---

(١) الأصل عند جمهور الفقهاء - المالكية، والشافعية، والحنابلة - أن الإجارة لا تنفسخ بموت العاقدين أو أحدهما، بل تبقى إلى انقضاء مدة الإجارة؛ لأنه عقد لازم فلا تنفسخ بالموت، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة.

وعند الحنفية تنفسخ الإجارة بموت العاقدين أو أحدهما إذا كان قد عقدها لنفسه. ويتفق الفقهاء على أن إجارة الموقوف لا تنفسخ بموت ناظر الوقف قبل مضي مدة الإجارة إذا كان الناظر الذي أجر هو الواقف أو الحاكم أو نائبه، أو كان الناظر المشروط له النظر من الواقف أجنبيا بأن كان الوقف على غيره؛ لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم والعقود لا تنفسخ بموت الوكيل. أما إذا كان الذي أجر الموقوف هو الموقوف عليه أو أحدهم، فللفقهاء في ذلك تفصيل بيانه ما يلي:

قال الحنفية: لو أجر مستحق الوقف بأقل من أجرة المثل فإن الإجارة تفسخ، وهذا إذا كان بغبن فاحش ولا ضرورة للإجارة بالأقل.

وفي الخانية: وقف على أرباب وأحدهم متول فأجره من رجل ثم مات هذا المتولي لا تبطل الإجارة؛ لأن الإجارة للموقوف فلا تبطل بموت العاقد كما لا تبطل بموت الوكيل في الإجارة.

وقال المالكية: إذا أكرى المستحق لوقف سنين، ومات قبل انقضاء المدة فإن الإجارة تنفسخ لانقطاع حقه من الوقف بمجرد موته وانتقال الحق لمن يليه في ترتيب الوقف على الأصح من الخلاف عند ابن رشد وغيره. ومقابل الأصح: إذا أكرى المستحق الوقف مدة يجوز له كراؤه فيها ومات قبل انقضاء المدة فإن كراءه لا ينفسخ.

وقال الشافعية: لو كان الناظر هو المستحق للوقف وأجر بدون أجرة المثل، فإذا مات في أثناء المدة انفسخت الإجارة كما قاله ابن الرفعة، ولو أجر البطن الأول من الموقوف عليهم العين الموقوفة مدة، ومات البطن المؤجر قبل تمام المدة وكان الواقف قد شرط لكل بطن منهم النظر في حصته مدة استحقاقه فقط، فالأصح أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة. لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجر لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة، ومقابل الأصح لا تنفسخ الإجارة كالملك، ولو أجر أحد الموقوف عليهم المشروط له النظر بالأرشدية ثم مات، انفسخت الإجارة في نصيبه خاصة كما أشار إليه الأذرعي واعتمده الغزي في الفتوى.

وقال الحنابلة: إن أجر الناظر المستحق للوقف وكان الواقف قد وقفه عليه وشرط له النظر ثم مات لم تنفسخ الإجارة بموته؛ لأنه أجر بطريق الولاية أشبه الأجنبي، وإن أجر المستحق لكونه أحق بالنظر مع عدم الشرط، أو لكون الوقف عليه لم تنفسخ الإجارة =

وهذا؛ لأن موت من وقع العقد له إنما يوجب انفساخ العقد؛ لأن ابتداء العقد انعقد موجبًا للاستحقاق عليه، فإذا مات وثبت الملك للوارث فمتى تعين[١] العقد يكون الاستحقاق واقعًا على الوارث فيكون خلاف ما وقع عليه العقد ابتداء، فأما إذا لم يقع له وتعين[٢] العقد بعد موته يكون الاستحقاق على وفاق ما وجب[٣] العقد؛ لأن المستحق عليه قائم، وكذا المستحق، وكذا المتولي في الوقف إذا عقد ثم مات؛ لأن حكم العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في آخر شرح كتاب «التحري»: أن من أجر ملك الغير ومات الآجر قبل إجازة المالك أنه تنفسخ الإجارة كما في بيع الغبن.

وإن وقعت الإجارة على شيء بعينه فهلك ذلك الشيء، بطلت الإجارة بهلاكه؛ لأن المعقود عليه قد هلك، وهلاك المعقود عليه يوجب بطلان العقد. فإن وقعت الإجارة على دابة بعينها بأن استأجر رجلًا بأن يحمل هذا المتاع على إبل، فهو جائز؛

= في وجه كما لو أجر ولي مال موليه أو ناظر أجنبي ثم زالت ولايته. قال القاضي في المجرد: هذا قياس المذهب، وهو أشهر وعليه العمل.

وقال في التنقيح: وإن مات المؤجر انفسخت إن كان المؤجر الموقوف عليه أصل الاستحقاق. وقيل: لا تنفسخ كملكه وهو أشهر وعليه العمل. وما سبق من أقوال الفقهاء إنما هو بالنسبة للمؤجر، أما المستأجر إذا مات فإن الإجارة لا تنفسخ عند جمهور الفقهاء بناء على أصلهم في عدم فسخ الإجارة بموت العاقدين أو أحدهما، أما عند الحنفية فإن إجارة الموقوف تنفسخ بموت المستأجر؛ لأنه عاقد لنفسه بناء على أصلهم في أن الإجارة تنفسخ بموت العاقدين أو أحدهما إذا كان قد عقدها لنفسه، أما إذا كان المستأجر جماعة فلا تبطل بموت بعضهم قبل تمام المدة وتصرف حصة الميت إلى ورثته.

ينظر: الاختيار (٢/ ٦١)، و(٣/ ٤٧)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٣٩٨)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢٢٢)، والفتاوى الخانية (٣/ ٣٣٤)، وأسهل المدارك (٢/ ٣٣٠، ٣٣١)، ومنح الجليل (٣/ ٧٩٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٣)، والشرح الصغير (٥/ ٣١٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣١٤، ٣١٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٣)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٤٦٩).

(١) في أ: تعينا، وفي ز: بقينا.

(٢) في أ: لو تعينا، وفي ز: لو بقينا.

(٣) في ز: وجد.

لأن المعقود عليه الحمل، وهو معلوم، والإبل آلة الحمل وتعيين آلة الحمل ليس بشرط.

ثم إذا جاز هذا العقد وجاء الآجر بإبل، ودفعها إلى المستأجر فماتت في يده، فعلى المستأجر أن يأتي بغير ذلك ليحمل المتاع؛ وليس له أن يفسخ الإجارة بموت ما سلم؛ لأن المعقود عليه هاهنا إذا لم يعيّن الدابّة وفعل الحمل كان واجبًا في الذمّة، والإبل آلة إيفاء ذلك فإذا [هلكت][١] بقي الإيفاء مستحقًّا عليه في ذمته كما في الابتداء.

فأما إذا عين الإبل والمعقود عليه منفعة دابة بعينها، فإذا هلكت بطل العقد ضرورة.

وإذا قال الآجر للمستأجر: بع المستأجر فقال هلا[٢] لا تنفسخ الإجارة ما لم يبع؛ لأن قوله: «بع» ليس بصريح في الفسخ، بل هو توكيل بالبيع والفسخ من ضرورات البيع فما لم يبع لا يثبت ما هو من ضروراته.

وحكي عن بعض المشايخ أن الآجر إذا قال للمستأجر: بع المستأجر من فلان فباع من غيره [جاز[٣].

ولو كانت الإجارة رهنًا فقال الراهن للمرتهن بع الرهن من فلان فباع من غيره][٤] لا يجوز.

والفرق أن ثمن الرهن [رهن][٥] والناس يتفاوتون في اليسار والإعسار، ولا كذلك ثمن المستأجر.

وفي الإجارة الطويلة إذا قال المستأجر للآجر: [ما لا حازت][٦] يده فقال: هلا

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ: هل.
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٥١٠).
(٤) سقط في ز.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، ز: أجارت.

بدرهم تنفسخ الإجارة، وإن لم يدفع وكذلك في باب البيع إذا قال المشتري للبائع: بعها[١]، فقال البائع: هلا بدرهم ينفسخ العقد، إليه[٢] أشار محمد رحمه الله في الباب الرابع من «الزيادات».

وعلى هذا قالوا: إذا قال المستأجر للآجر [في][٣] الإجارة الطويلة: فإن[٤] أجازت[٥] يده فقال: روايا شد تنفسخ الإجارة، [وفي الإجارة الطويلة إذا أخذ مال الإجارة من غير سابقة الطلب إن أخذ الكل تنفسخ الإجارة][٦]، وإن أخذ البعض دون البعض قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إن أخذ الأكثر ينفسخ العقد، وإن أخذ الأقل لا ينفسخ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله.

وقال بعضهم: [لا][٧] ينفسخ العقد بأخذ البعض من غير تفصيل، وقال بعضهم: ينفسخ العقد بقدر ما أخذ.

[وقال بعضهم: إن أخذ][٨] البعض بطريق الفسخ أو بدلالة تدل على الفسخ ينفسخ العقد في الكل، وإن كان المأخوذ أقلّ وإن[٩] أخذ [من غير][١٠] دلالة تدل [على الفسخ][١١] لا ينفسخ ما لم يأخذ الكل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

وإن بعث المستأجر [للآجر قال الآجر][١٢] سيم نقد شده است بابياني بكير،

---

(١) في أ، ز: بها ثمن بازاده.
(٢) في ز: إليهما.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ز: مال.
(٥) في أ: أجارت.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، وفي ز: إن أخذ.
(٩) في أ، ز: بأن.
(١٠) في ز: بغير.
(١١) في ز: عليه.
(١٢) في أ: إلى الأجير، وفي ز: إلى الآجر.

فلما جاء المستأجر قال الآجر: أنفقت الدراهم على نفسي، لا تنفسخ الإجارة.

وإذا قال المستأجر [للآجر](١) عند الفسخ: فسخت الإجارة في المحدود(٢) الذي استأجرته منك، صح الفسخ، وإن لم يذكر حدود المستأجر ولا أضاف [المستأجر](٣) إلى الآجر، وكذلك إذا قال الآجر للمستأجر: فسخت الإجارة في المحدود(٤) الذي آجرته منك يصح الفسخ.

وفي فتاوى شمس الأئمة(٥) الأوزجندي رحمه الله: رجل استأجر من رجلين دارًا مشتركة بينهما، ثم دفع المفتاح إلى أحدهما وقبل، انفسخت الإجارة في حصته؛ لأن دفع المستأجر المفتاح وقبول الآخر ذلك دلالة الفسخ، والإجارة كما تنفسخ بصريح الفسخ، تنفسخ بدلالة الفسخ.

ألا ترى أن المستأجر والآجر لو تكاريا دارًا واحدة ودفع المستأجر المفتاح إلى الآجر وقبل الآجر ذلك تنفسخ الإجارة بينهما وطريقه ما قلنا وإذا باع الآجر المستأجر بغير إذن المستأجر نفذ البيع في حق البائع والمشتري، ولا ينفذ في حق المستأجر حتى سقط حق المستأجر بعمل ذلك البيع، ولا يحتاج إلى تجديده، وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من رهن الجامع في هذا الفصل روايتين قال: والصحيح أنه لا يحتاج إلى تجديد البيع، وإن أجاز المستأجر البيع نفذ البيع في حق الكل، ولكن لا ينزع العين من يد المستأجر إلى أن يصل إليه ماله، وإن رضي بالبيع اعتبر رضاه [بالبيع لفسخ الإجارة لا لانتزاع](٦) من يده.

وعن بعض مشايخنا أن الآجر إذا باع المستأجر بغير رضى المستأجر، وسلم ثم

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الحدود.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ: الحدود.
(٥) في ز: الإسلام.
(٦) في أ، ز: بفسخ الإجارة إلا أن ينزع.

أجاز المستأجر البيع والتسليم، بطل حقه في الحبس.

[وإذا باع][١] الآجر المستأجر بغير رضا المستأجر وأراد المستأجر فسخه فقد ذكرنا في كتاب البيوع أنه ليس له ذلك.

[وذكر الصدر الشهيد في «الفتاوى الصغرى»: أن له ذلك][٢] في ظاهر الرواية، وفي رواية الطحاوي ليس له ذلك، وأحاله إلى رهن الجامع لشمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وكان القاضي الإمام الأسبيجابي رحمه الله يقول: ليس للمستأجر حق الفسخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهكذا ذكره نجم الدين النسفي رحمه الله في شرح «الشافي» والسيد الإمام أبو شجاع في رهن الجامع.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في «شرح الجامع»: أن في المسألة روايتان في رواية ليس له ذلك، وإنه استحسان وعليه الفتوى.

الآجر والمستأجر إذا جن لا تفسخ الإجارة.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في إجارات الأصل في باب إجارة الظئر، وذكر في المأذون الكبير في باب الحجر على الصبي والمعتوه وكتبت في باب إجارة الظئر من المستزاد: إذا جن المستأجر لا تبطل الإجارة.

وفي المنتقى عن محمد رحمه الله: رجل استأجر رجلاً [شهرًا][٣]؛ ليعمل له عملاً معلوما مسمى بأجر معلوم مثلا بدرهم، ثم أمره في خلال الشهر بعمل آخر مسمى بدرهم مثلاً، فالإجارة الثانية فاسخة للإجارة الأولى بالقدر الذي دخل في الإجارة الثانية، حتى لا يكون له أجران، بل يرفع عنه الأجر الأول بحصة ذلك القدر، وإذا فرغ من العمل الثاني لزمه أجره، وذلك درهم، وتعود الإجارة الأولى.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.

الفصل السابع[(١)] عشر
في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهها

إذا استأجر الرجل ثوبًا ليلبسه إلى الليل بأجر معلوم، فهو جائز، وكذلك إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فهو جائز، ولو لم يبين من يلبس أو من يركب لا يجوز.

فرق بين هذا، وبين ما إذا استأجر عبدًا للخدمة، ولم يبين من المخدوم، أو استأجر دارًا للسكنى ولم يبين من يسكن حيث يجوز.

والفرق: أن الناس تتفاوت في اللبس والركوب تفاوتًا فاحشًا، فإن [رب][(٢)] لابس الثوب يفسد الثوب، إذا لبسه يومًا كالجزار، وآخر لا يفسده وإن لبسه أيامًا كالبزاز، ورب راكب لا يفسد الدابة إذا ركب عليها شهرًا بل يصلحها ولهذا يبذل [الأجر][(٣)] للرابض[(٤)] ولا يرضى بركوب غيره الدابة.

وإذا كان التفاوت فاحشًا كانت جهالة الراكب واللابس مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم؛ لأن صاحب الدابة [والثوب][(٥)] يقول للمستأجر: استأجرته لتلبسه وتركبه، وقال المستأجر: استأجرته لألبس وأركب غيري.

وأما الناس لا يتفاوتون في السكنى واستخدام العبد [تفاوتًا][(٦)] فاحشًا فلا تكون جهالة المستخدم مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فلا يمنع ذلك جواز العقد.

وإن ألبسه غيره فهو ضامن إن أصابه شيء، يريد: إذا استأجره ليلبسه بنفسه وإن

---

(١) في ز: السادس.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ز: للرايض.
(٥) سقط في ز.
(٦) سقط في أ.

لم يصبه [شيء][(١)] فلا أجر عليه.

أما الضمان [إذا أصابه شيء][(٢)]؛ لأن إلباس غيره لم يدخل تحت العقد؛ لأنه شرط لبسه وقد صح هذا الشرط لما ذكرنا أن الناس يتفاوتون في اللبس، وأما [عدم الأجر][(٣)] إذا لم يصبه شيء؛ لأنه استوفى ما ليس بداخل تحت العقد أصلاً والمنافع لا تتقوم بدون العقد.

بيانه: أن التفاوت بين اللابس واللابس والراكبين يتفاوت تفاوتا فاحشا اختلف اللبسان لاختلاف اللابس، فهو معنى قولنا: استوفى ما ليس بمعقود عليه، وإنه لا يوجب الأجر.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجر حانوتًا ليقعد فيه فاميًا، فأقعد فيه قصارًا وسلم الحانوت، فإنه يجب الأجر، والتفاوت بين سكنى الفامي وبين سكنى القصار[(٤)] تفاوت فاحش ثم لم يجعل ما استوفى باعتبار التفاوت الفاحش جنسًا آخر غير ما تناوله العقد.

والفرق: أن في تلك المسألة العقد على شيئين على السكنى وعلى العمل، ولا تفاوت في السكنى، وإنما التفاوت في حق العمل، والعقد انعقد على السكنى فصار مستوفيًا ما تناوله العقد وزيادة واستيفاء الزيادة لا يمنع وجوب الأجر، وأما هاهنا العقد انعقد على شيء واحد وهو اللبس، ولبس غيره جنس آخر من لبسه على ما ذكرنا، فلم يستوف المعقود عليه أصلاً فلهذا لا يجب الأجر.

فإن قيل: هب أنه استوفى ما ليس بمعقود عليه [إلا][(٥)] أنه كان متمكنًا من استيفاء المعقود عليه [بأن يلبس بنفسه والتمكن من استيفاء المعقود عليه، لا يمنع][(٦)]

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ: الأجر عليه.
(٤) في أ، ز: الحداد.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، وفي ز: كافي.

وجوب الأجر.

قلنا: التمكن من استيفاء المعقود عليه إن أوجب الأجر إنما يوجب إذا لم تزل يد الإجارة، وكما ألبس غيره فقد زالت يد الإجارة، ألا ترى أنه يضمن [و][١] إن هلك الثوب [لا من][٢] لبس الغير، [ولما زالت][٣] يد الإجارة انفسخت الإجارة [فلم][٤] يوجد التمكن من الاستيفاء حال قيام الإجارة، فلهذا لم يجب الأجر.

في مسألة الثوب والدابة إذا لم يبين اللابس والراكب حتى فسدت الإجارة فلم يختصما إلى القاضي حتى لبس هو يومًا إلى الليل[٥] [فهو جائز وعليه المستحق استحسانًا][٦]، والقياس ألا تعود الإجارة جائزة، ويجب عليه أجر المثل.

وفي الاستحسان تعود جائزة ويجب المستحق؛ لأن المعقود عليه متعين حالة العقد من حيث الحكم، إن كان مجهولًا من حيث الحقيقة.

بيانه: وهو أن الإجارة يتجدد [انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فحال ما يستوفي المنفعة يتجدد][٧] العقد والمعقود عليه متعين في هذه الحالة، فهو معنى قولنا: إن المعقود عليه يتعين حالة العقد من حيث الحكم، ولو كان متعينًا من حيث الحقيقة أليس إنه يجوز العقد فكذا إذا كان متعينًا من حيث الحكم؛ إذ المقصود من العقد الحكم لا عينه، ولا يصير المستأجر غاصبًا [الثوب][٨] بإلباسه غيره بخلاف المسألة الأولى فإن هناك يصير المستأجر غاصبا بإلباسه غيره.

والفرق: أن الداخل تحت العقد هاهنا إما لبسه أو لبس غيره؛ لأنه استأجره للبس

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لأن.
(٣) في أ: لما أزال.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: اللباس.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في ز.
(٨) سقط في أ.

مطلقًا والجمع بين الأمرين في حالة واحدة متعذر، فيكون العقد متناولًا أحدهما، فأيهما تعين كان هو الداخل تحت العقد، فأما في المسألة الأولى فالداخل تحت العقد لبسه، فأما لبس غيره ليس بداخل تحت العقد أصلاً فلهذا افترقا.

وإذا استأجر رجل قميصًا ليلبسه يومًا إلى الليل بدرهم فلم يلبسه ووضعه في منزله حتى مضى اليوم، فعليه الأجر كاملاً.

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر فأمسكها في منزله حيث لم يجب الأجر، وقد تمكن من استيفاء المعقود عليه [في الفصلين جميعًا، والفرق بناء على الفصل الذي تقدم ذكره في هذا الكتاب أن التمكن من استيفاء المعقود عليه](١) إنما يوجب الأجر إذا ثبت التمكن في المدة التي ورد عليها العقد في المكان الذي أضيف إليه [العقد لا المكان الذي أضيف إليه](٢) خارج المصر، ولا يثبت التمكن من استيفاء المعقود عليه خارج المصر والدابة في المصر حتى لو وجد التمكن بهذه الصفة في مسألة الدابة بأن ساق الدابة في ذلك المكان، ولم يركبها نقول بوجوب الأجر.

قياس مسألة الدابة [من](٣) مسألة الثوب أن لو استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل فحبسها في منزله ولم يركبها، فهناك يجب الأجر أيضًا ثم ذكر حكم الضمان، وفرق فيه بين مسألة الثوب وبين مسألة الدابة، فقال: لو أمسك الثوب في منزله ولم يلبس حتى هلك لا يصير ضامنًا، [وفي مسألة الدابة قال: يصير ضامنًا](٤).

والفرق: أن في مسألة الدابة الإمساك حصل بغير إذن صاحب الدابة، [لأن صاحب الدابة](٥) إنما أذن له بإمساك يجب به الأجر، وفي مسألة الثوب الإمساك

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ز.
(٥) سقط في أ.

حصل بإذن المالك؛ لأن الأجر به فيكون حاصلاً بإذن المالك حتى إن في مسألة الدابة لو وجب الأجر بالإمساك في منزله بأن استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل يقول: لا يجب الضمان إذا هلكت الدابة.

إذا استأجرت المرأة ثوبًا لمخرج تخرج به يومًا بدرهم فلبسته في بيتها فعليها الأجر؛ لأن اللبس وجد فيما قدر [به][(١)] المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه مقدر باليوم لا بالمكان؛ لأنه لم يسم المكان الذي تخرج إليه فلم يصح لتقدير المعقود عليه [فكان المعقود عليه [(٢)] مقدرًا باليوم، و[صار][(٣)] ذكر الخروج في حق التقدير [هو][(٤)] والعدم بمنزلة كأنها[(٥)] استأجرته لتلبسه يومًا إلى الليل، ولم تقل لمخرج تخرج به إلى الليل وهناك إذا لبسته[(٦)] في بيتها كان عليها الأجر، بخلاف ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر فركبها في منزله حيث لا يجب الأجر؛ لأن هناك ذكر مكانًا معلومًا، ولم يذكر المدة والمكان المعلوم يصلح لتقدير المعقود عليه [فصار المعقود عليه][(٧)] مقدرًا بالمكان ولم يوجد الاستيفاء أما هاهنا بخلافه، حتى إنه لو استأجر دابة ليركبها يومًا إلى الليل ولم يسم المكان، إذا ركبها في منزله يجب الأجر كما في مسألتنا.

ولو ضاع الثوب في اليوم فلا أجر عليها؛ لأن الضياع حال بينها وبين الانتفاع به وإن اختلفا في الضياع، فقال رب الثوب: لم يضع في اليوم، وقالت هي: بل ضاع في اليوم، فإنه يحكم الحال إن كان في يدها وقت المنازعة فالقول [قول رب الثوب

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في ز: كأنه قال.
(٦) في أ: لبستها.
(٧) سقط في أ، ز.

مع يمينه وإن لم يكن في يدها وقت المنازعة فالقول][١] قولها.

معنى قوله: «يحكم الحال إن كان في يدها وقت المنازعة» أن تقول المرأة: ضاع في اليوم ثم وجدته، هذا إذا ضاع ثم وجد، وإن لم يوجد لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأكراب[٢] وينبغي أن يكون القول قولها أيضًا؛ لأنها أنكرت وجوب الأجر.

وإن سرق الثوب منها، فلا ضمان عليها، بخلاف الأجير المشترك إذا سرق العين من يده فإنه يضمن على قولهما.

والفرق أن مستأجر الثوب فيما يقبض عامل لرب المال؛ لأن ما يستفيده رب الثوب من المنفعة بقبض المستأجر الثوب أكثر مما يستفيده المستأجر؛ لأن صاحب الثوب يستفيد العين، وهو الأجرة، والمستأجر يستفيد المنفعة، والعين خير من المنفعة، فيجعل[٣] المستأجر في القبض عاملاً للآجر فأشبه المودع، والوديعة إذا سرقت من يد المودع لا ضمان عليه.

أما الأجير المشترك في القبض عامل لنفسه؛ لأن ما يستفيده من المنفعة بسبب هذا القبض أكثر مما يستفيده صاحب المال؛ لأن الآجر يستفيد به عينًا وصاحب المال يستفيد به منفعة فجعل قابضًا لنفسه فأشبه الغاصب.

ولو تخرق الثوب من لبسها فلا ضمان عليها، وإن حصل الهلاك بجناية يدها، بخلاف الأجير المشترك إذا هلك المال من جناية يده حيث يضمن.

والفرق أن في مسألتنا الهلاك حصل من عمل ليس بإزائه أجر؛ لأن الفساد حصل من اللبس، والأجر ليس بإزاء اللبس بل بإزاء تسليم الثوب للبس، ألا ترى أنه إذا سلم الثوب يستحق الأجر لبست أو لم تلبس، والهلاك متى حصل من عمل ليس

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: الإكذاب.
(٣) في أ: يجعل.

بإزاء أجر لا يجب الضمان على العامل متى عمل كالمعين وأجير الواحد إذا دق وتخرق، أما في الأجير المشترك لا يستحق الأجر إلا بالدق فصار الأجير المشترك معاوضًا، ومطلق المعاوضة يقتضي السلامة عن العيب كما في بيع العين.

ولو استأجر فسطاطًا يخرج به إلى مكة ذاهبًا[١] و[٢] جائيًا ويحج به ويخرج في يوم كذا فهو جائز، وإن لم يبين متى يخرج فإن لم يكن لخروج الحاج وقت معلوم، بحيث لا يتقدم خروجهم عليه، ولا يتأخر [عنه][٣] فالإجارة فاسدة قياسًا، واستحسانًا، وإن كان لخروجهم وقت معلوم بحيث لا يتقدم ولا يتأخر، فالإجارة جائزة استحسانًا؛ لأن المعلوم عرفًا كالمعلوم شرعًا، فإن انقطع أطنابه أو انكسر عموده، فلم يستطع نصبه فلا أجر عليه.

ولو اختلفا فيه فهذا على وجهين: أما إذا اختلفا في مقدار الانقطاع مع اتفاقهما على أصل الانقطاع وفي هذا الوجه القول قول المستأجر، وإن اختلفا في أصل الانقطاع، ذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يحكم الحال كما لو وقع هذا الاختلاف في انقطاع الماء في إجارة الرحى، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى هكذا ذكر هذا [الجواب مشكل في مسألة الفسطاط ظاهر في مسألة الرحى؛ لأن الماء قد ينقطع ثم][٤] يعود فيمكن تحكيم الحال، وأما الأطناب إذا انقطع أو العمود إذا انكسر يبقى إلى وقت الخصومة كذلك، فكيف يستقيم تحكيم الحال.

وإن كان المستأجر اتخذ أطنابًا من عند نفسه، أو عمودًا من عند نفسه ونصبه حتى رجع فعليه الأجر كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه في إجارة الفسطاط السكنى وقد سكن فيه، وإن انكسرت الأوتاد [فلم يقدر على نصبه حتى

---

(١) في أ: ذهابا.
(٢) في ز: أو.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ.

رجه فعليه الأجر كله، فرق بين الأوتاد][١] وبين الأطناب والعمود.

والفرق أن الأوتاد على المستأجر فلم يعجز عن الانتفاع بالفسطاط.

وإذا أوقد [نارًا][٢] في الفسطاط كان كالإسراج، إن أوقد مثل ما يوقد الناس عرفًا، وعادة في الفسطاط وأفسد الفسطاط فلا ضمان عليه، وإن جاوز المتعارف فهو ضامن، فبعد ذلك ينظر إن أفسد كله بحيث لا ينتفع به ضمن قيمة الكل ولا أجر عليه، وإن أفسد بعضه لزمه ضمان النقصان، وعليه الأجر كاملاً إذا كان قد انتفع بالباقي؛ لأن فساد البعض أوجب نقصانًا في الباقي، فإذا استوفاه مع النقصان [كان][٣] راضيًا بالعيب فيجب عليه جميع الأجر، كما لو استأجر دارًا وانهدم حائط منها وأوجب نقصانًا[٤] في الباقي فسكن كذلك، كان عليه جميع الأجر كذا هاهنا.

وإن لم يفسد شيء منه وسلم، وكان جاوز المعتاد فالمسألة على القياس والاستحسان؛ القياس ألا تجب الأجرة، وفي الاستحسان يجب وقد مر جنس هذه المسألة.

وإن شرط صاحب الفسطاط [على المستأجر][٥] ألا يوقد فيه ولا يسرج فيه ففعل، فهو ضامن، وعليه الأجر كاملاً إذا سلم الفسطاط؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة.

وإذا استأجرت المرأة حليًا معلومًا لتلبسه يومًا إلى الليل ببدل معلوم فحبسته أكثر من يوم صارت غاصبة.

قالوا: وهذا إذا حبسته[٦] بعد الطلب أو حبسته مستعملة، فأما إذا حبسته للحفظ لا تصير ضامنة قبل وجود الطلب من صاحبها؛ وذلك؛ لأن العين تقع أمانة في يدها

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ: ما في.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في أ: حبست.

فلا يصير مضمونًا إلا بالاستعمال أو بالمنع بعد وجود الطلب كالوديعة، بخلاف المستعير إذا أمسك العين بعد المدة حيث يضمن؛ لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم؛ لأن [من](١) حكم الطلب وجوب الرد، وقد وجب الرد عليه بعد مضي المدة.

أما في الإجارة فلم يوجد الطلب لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، ولم يوجد الاستعمال؛ فلهذا لا يجب الضمان، والحد الفاصل بين الإمساك للحفظ وبين الإمساك للاستعمال أنه إذا أمسك العين في موضع تمسك للاستعمال في ذلك الموضع فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسك للاستعمال في ذلك الموضع فهو حفظ؛ فعلى هذا إذا تسورت بالخلخال، أو تخلخلت بالسوار، أو تعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق، فهذا كله حفظ وليس باستعمال؛ لأن الإمساك وجد في موضع لا يمسك للاستعمال فكان حفظًا فلا يضمن.

وإن ألبست غيرها في ذلك اليوم فهي ضامنة ولا أجر عليها؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي.

وإن استأجرته كل يوم بأجر مسمى فحبسته شهرًا ثم جاءت فعليها أجر كل يوم حبسته؛ لأن الإمساك في كل يوم حصل بحكم الإجارة وإن استأجرته يومًا إلى الليل، فإن بدا لها حبسه كل يوم بذلك الأجر فلم ترده عشرة أيام، فالإجارة على هذا الشرط فيما عدا اليوم فاسدة قياسًا؛ لأن الإجارة فيما عدا اليوم معلقة بالشرط، وهو أن يبدو لها.

وفي الاستحسان تجوز الإجارة؛ لأن هذا شرط متعارف يحتاج إليه، فإنها إذا خرجت إلى العرس أو إلى وليمة لا تدري كم تبقى فتحتاج إلى مثل هذا الشرط لدفع الضرر والضمان، وتعليق الإجارة بمثل هذا الشرط لدفع الضرر والضمان جائز.

ونقول: الإجارة فيما عدا اليوم معلق بالمشيئة فكان تفسيرًا للقبول، كأنه قال:

---

(١) سقط في أ.

آجرتك فيما عدا اليوم الأول إن قبلت، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن شئت جاز، وكان تفسيرًا للقبول؛ [لأن القبول][1] لا يكون [إلا عن][2] مشيئة، وصار كأنه قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن قبلت، وذلك جائز كذا هاهنا.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ز.

الفصل الثامن[١] عشر
في الإجارة للخدمة[٢]

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إذا استأجر الرجل امرأته[٣] لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لا يجوز؛ لأن خدمة الزوج مستحقة على المرأة ديانة؛ لما فيه من حسن المعاشرة، وإن لم تكن مستحقة عليها [حكمًا][٤]، والإجارة على ما كان مستحقًا على الأجير ديانة [لا][٥] حكمًا لا تجوز، كما لو استأجرها لعمل من أعمال البيت من الخبز والطبخ ورضاع ولده منها، ولو استأجرها لتخدمه فيما ليس من جنس خدمة البيت كرعي دوابه وما أشبه ذلك، يجوز؛ لأن ذلك غير مستحق عليها لا حكمًا ولا ديانةً.

وفي مجموع النوازل: رجل زوج أمته ثم آجرها من زوجها لأجل الخدمة يجوز؛ لأن خدمة الزوج غير مستحقة عليها، فالإجارة وردت على ما ليس بمستحق عليها، فيصح.

ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها قال: هو جائز، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وروى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي عن أبي حنيفة- رضي الله عنه -: أنه باطل.

وذكر في كتاب جعل الآبق: أن المرأة متى استأجرت زوجها فله ألا يخدمها، ومتى رفع إلى القاضي، فالقاضي يفسخ العقد وينقضه، فمن مشايخنا من قال: ليس في المسألة اختلاف الروايتين لكن تأويل ما روى أبو عصمة أنه باطل أنه سيبطل.

ومنهم من قال: لا بل في المسألة روايتان، على ظاهر الرواية يجوز، وله حق

---

(١) في ز: السابع.
(٢) في أ، ز: في الخدمة.
(٣) في ز: امرأة.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

الفسخ بالمرافعة إلى القاضي، وعلى رواية أبي عصمة لا يجوز.

واتفقت الروايات أن الأب إذا أجر نفسه للخدمة من ابنه لا يجوز، حتى كان له أن يفسخ من غير قضاء ولا رضى، واتفقت الروايات في الزوج والأب إذا خدما أنهما يستحقان المسمى.

نص على هذا في كتاب المزارعة، فإنه قال في المزارعة: كل من لا يجوز أن يستأجر للخدمة فله أجر المثل إلا الوالد والزوج فوجه ما روى أبو عصمة أن الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذل ونقيصة بالخادم.

ولهذا قالوا[١]: الكافر إذا اشترى عبدًا مسلمًا فإنه يجبر [على][٢] بيعه حتى لا يستخدمه قهرًا من غير عوض يحصل للعبد فيكون في ذلك إذلالًا بالمسلم وليس للكافر إذلال[٣] المسلم، فدل أن الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذل وليس للمسلم أن يذل نفسه.

إذا ثبت هذا فنقول: [بأن][٤] إجارة المرأة زوجها للخدمة لو صحت كان في ذلك استخدام الزوج على سبيل القهر من غير عوض يحصل له من وجه؛ لأنه إن حصل له عوض باعتبار ملك الرقبة فإن الأملاك من حيث [ملك][٥] الرقبة متباينة[٦] لم يحصل له العوض [باعتبار المنافع متصلة ما للزوج كما للمرأة، وما للمرأة كأنه للزوج ولهذا لم يجز لواحد منهما أن يضع زكاة ما له في يد صاحبه فباعتبار المنفعة لا يحصل العوض][٧] فلا ينتفي الذل، وكان كالأب إذا أجر نفسه من ابنه للخدمة فإنه لا يجوز؛ لأنه من وجه كالحاصل من غير عوض من حيث إن للأب شبه ملك

---

(١) في ز: قال.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ز: استذلال.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ز.
(٦) في أ، ز: عن يسار.
(٧) سقط في أ، ز.

في مال ولده، وهذا بخلاف المسلم إذا آجر نفسه من كافر للخدمة حيث يجوز باتفاق الروايات؛ لأنه وإن كان يستخدمه قهرًا بعقد الإجارة إلا أنه يستوجب عليه عوضًا من كل وجه على سبيل القهر، فينتفي الذل أما هاهنا بخلافه.

وجه ظاهر الرواية: وهو أن الفرق بين الزوج وبين الأب أن ما للزوج [من مال امرأته دون ما للأب في مال ولده؛ لأن للأب][١] في مال ولده[٢] شبهة ملك [حتى لو][٣] وطئ جارية ابنه، وقال: علمت أنها علي حرام لا يحد، وليس للزوج في مال امرأته شبهة ملك، ولهذا لو وطئ جارية زوجته، وقال: علمت أنها علي حرام يحد

ولو كان للزوج في مال زوجته مثل ما للأب في مال ولده، لكان لا تجوز الإجارة [أصلًا][٤]، ولو لم يكن للزوج في مال زوجته شيء أصلًا لكان تجوز الإجارة، وكما لو أجر نفسه لخدمة أجنبية فإذا كان له في مال المرأة شيء، ولكن دون ما للأب في مال ابنه حكمنا بجواز العقد وأثبتنا له حق الفسخ بالمرافعة إلى القاضي توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الممكن.

ثم الزوج أو الأب إذا خدم كان له المسمى واتفقت الروايات في ذلك، وهذا الحكم لا يشكل في الزوج على ظاهر الرواية؛ لأن على ظاهر [الرواية][٥] هذه الإجارة جائزة، إنما يشكل على رواية أبي عصمة؛ [لأن على هذه الرواية][٦] الإجارة فاسدة، وكذلك يشكل في الأب على الروايات كلها؛ لأن استئجار الابن أباه للخدمة فاسدة [على الروايات كلها][٧].

وفي الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل، والجواب: أنا إنما حكمنا بفساد هذه

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: امرأته.
(٣) في ز: ولهذا.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ.

الإجارة في[1] الزوج على رواية أبي عصمة، وفي الأب على الروايات كلها نظرًا للأب والزوج حتى لا يلحقه[2] ذل بسبب الخدمة، والنظر في إيجاب المسمى متى خدم لا[3] في إيجاب أجر المثل وأن أجر المثل لا يزاد على المسمى، إذا كان المسمى شيئًا معلومًا فلا يستحق[4] الزيادة إذا كان أجر مثله يزيد على المسمى، وينقص عن المسمى إذا نقص أجر المثل عن المسمى، وإذا حكمنا بوجوب المسمى لا ينقص عنه شيء بعد ذلك فكان النظر في إيجاب المسمى من هذا الوجه، فلهذا أوجبنا المسمى.

هذا كما قلنا في العبد المحجور إذا أجر نفسه لا تجوز الإجارة، ولكن إذا عمل وسلم من العمل يستحق المسمى؛ لأنا إنما حكمنا بالفساد نظرًا للمولى، والنظر متى عمل وسلم في التجويز حتى لا تزول منافع عبده مجانًا كذا هاهنا.

وإن استأجرت المرأة زوجها ليرعى غنما، أو يقوم على عمل لها جاز.

أما على ظاهر الرواية فظاهر، وأما على رواية أبي عصمة فلأنه لا ذل فيه.

ولو استأجر الرجل ابنه للخدمة أو استأجرت المرأة ابنها لم يجز، وإذا خدم فلا أجر له؛ لأن خدمة الأب واجبة على الابن، والإجارة وردت على ما هو المستحق فلا يجوز، إلا إذا كان الابن عبدًا للغير أو مكاتبًا للغير فاستأجر أحدهما من المولى ليخدمه فحينئذ يجوز؛ لأن خدمة الأب لا تلزم الابن إذا كان عبدًا لغيره، أو مكاتبًا لغيره.

وإن[5] كان الابن حرًّا فاستأجره أحدهما ليرعى غنمًا أو استأجره لعمل آخر وراء الخدمة، فإنه يجوز.

---

(١) في أ، ز: على.
(٢) في ز: يلحقهما.
(٣) في أ، ز: وفي.
(٤) في أ، ز: تثبت.
(٥) في أ، ز: أو.

وإذا استأجر عبدًا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانًا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة، وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة؛ لأن الاستخدام بالكوفة ثابت بدلالة الحال فيعتبر بما لو ثبت نصًا.

بيانه: أن المستأجر له حمل ومؤنة، والظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد؛ لأن الرد على الآجر فيتعين موضع العقد مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال، فإن سافر به ضمن؛ لأن الكوفة تعين مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال، فيعتبر بما لو تعين بالنص، وهناك لو سافر بالعبد يضمن، كذا هاهنا هكذا ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في إجارات الأصل.

وذكر في صلح «الأصل» أن من ادعى دارًا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله؛ لأن الإذن بالاستخدام حصل مطلقًا فاعتبره بالعبد الموصى له بالخدمة.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في «شرح كتاب الصلح»: لم يرد بقوله: «يخرج بالعبد إلى أهله» أن يسافر به، إنما أراد بقوله أن يخرج به إلى أهله في القرى، [و][1] أفنية البلدة.

قال رحمه الله: وهذا كما[2] قلنا في باب الإجارة: من استأجر عبدًا ليخدمه ليس له أن يسافر به، وله أن يخرج به إلى أهله في القرى وأفنية البلدة.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يفرق بين مسألة الصلح وبين مسألة الإجارة، وكان يقول في مسألة الصلح: لصاحب[3] الخدمة أن يسافر بالعبد، وليس للمستأجر أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة.

وحكي عن أبي إسحاق الحافظ أنه كان يقول: لا رواية عن محمد رحمه الله في

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ: لما.
(٣) في أ، ز: لحاجة.

فصل الإجارة ولقائل أن يقول: للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في مسألة الصلح، ولقائل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في «إجارات الأصل» على نحو ما كتبنا.

قال [محمد][١] - رحمه الله -: وليس للمستأجر أن يضرب الغلام؛ لأن صاحب الغلام لم يأذن له في الضرب، وإنما أذن له في الاستخدام، [والضرب ليس من الاستخدام][٢] في شيء، ولا ضرورة إليه أيضًا؛ لأنه يمكن استخراج الخدمة من العبد بدون الضرب باللائمة، فلا يصير الضرب مأذونًا فيه، خرج على هذا فصل الدابة: فإن لمستأجر الدابة للركوب أن يضرب الدابة؛ لأنه لا يمكن استخراج السير من الدابة [بدون الضرب][٣]، فصار الضرب ثمة مأذونًا فيه، أما هاهنا بخلافه.

ذكر مسألة ضرب الدابة هاهنا مطلقة، وفي الأصل: وليس لمستأجر الدابة أن يضربها أصلاً في قول أبي حنيفة، ولو ضربها فعطبت يضمن، وكذلك الكبح باللجام.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: له أن يضربها ضربًا معتادًا ولا ضمان عليه إذا عطبت بالضرب المعتاد.

وعن الفقيه إسماعيل الزاهد: إن استأجر دابة ليركبها فضربها فماتت، إن كان ضربها بإذن صاحبها وأصاب الموضع المعتاد لا ضمان عليه إجماعًا، وإن أصاب غير الموضع المعتاد يضمن إجماعًا، إلا أن يكون مأذونًا له في ذلك الموضع بعينه، وأما إذا ضربها في الموضع المعتاد بغير إذن صاحبها ضمن عنده، خلافًا لهما، والمستعير يضمن إجماعًا.

ولو دفع المستأجر الأجر إلى العبد، فإن كان العبد هو العاقد، فقد برئ من

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: إلا بالضرب.

الأجر؛ لأنه دفع الأجر إلى العاقد، وإن لم يكن عاقدًا لا يبرأ، وإن حصل الدفع إلى من يده يد المولى [ضمن][(١)] من حيث الحكم.

[وفرق بين هذا وبين المودع إذا دفع الوديعة إلى عبد المودع حيث لا يضمن، والفرق أن يد العبد يد المولى من حيث الحكم][(٢)] لا من حيث الحقيقة، والأجر كان على المستأجر فباعتبار الحكم يجب، وباعتبار الحقيقة لا يجب، فلا يجب بالشك.

وإذا استأجر الرجل عبدًا للخدمة فله أن يكلفه ما هو من أنواع الخدمة؛ لأن الخدمة اسم جنس فيتناول جميع أنواعه، وله أن يكلفه أن يخيط له ثوبًا وأن يخبز له، هكذا ذكر في الكتاب.

قالوا: وهذا إذا كان خياطة وخبزًا لا بد للمستأجر منه، فأما إذا أراد أن يقعده خياطًا يخيط ثياب الناس، أو يقعده خبازًا يخبز للناس، ليس له ذلك؛ لأن هذا تجارة واكتساب المال، فلا يدخل تحت اسم الخدمة.

قال: وطعام العبد على صاحبه، وليس من ذلك شيء [على المستأجر][(٣)]؛ لأن المستحق على المستأجر المشروط عليه في العقد والطعام غير مشروط على المستأجر في العقد لا نصًا ولا عرفًا.

قال: وإذا نزل للمستأجر ضيفان، فعلى العبد المستأجر أن يخدمهم؛ لأن خدمة ضيفان المستأجر من جملة خدمة المستأجر، ألا ترى أنه لولا هذا العبد [كان][(٤)] على المستأجر أن يخدمهم ديانة ومروءة، قال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه»[(٥)]، وإذا كان على المستأجر خدمة نفسه صارت خدمة ضيفانه كخدمته.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) أخرجه مسلم (١/ ٦٩) في كتاب الأيمان، باب: الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم الصمت إلا عن الخير (٤٨/٧٧).

وإن تزوج المستأجر امرأة بعد ما استأجر العبد، فعلى العبد أن يخدم المستأجر ويخدم المرأة أيضًا؛ لأن حال المرأة لا يكون أقل من حال الضيف، وعلى العبد خدمة الضيف فكان عليه خدمة المرأة من طريق الأولى.

وفي المنتقى رواية إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - رجل أجر عبدًا له سنة ثم إن العبد أقام بينة أنه كان المولى أعتقه [قبل الإجارة](١)، فالأجرة للعبد؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا في هذه الإجارة فتوقف على [إجازة](٢) العبد، ونفذ بإجازته والمبدل وهو المنافع بعد العتق للعبد فكان البدل للعبد أيضًا.

ولو قال العبد: إني حر، وقد فسخت الإجارة ولم يكن له بينة ودفعه القاضي إلى مولاه، وأجبره المولى على العمل، ثم أقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه [قبل الإجارة](٣) فلا أجر للعبد ولا للمولى.

ولو لم يقل: فسخت كان [الأجر](٤) للعبد، وإن كان غير بالغ وادعى العتق وقد آجره مولاه. وقال: [قد](٥) فسخت الإجارة، ثم عمل وباقي المسألة بحالها فالأجر للغلام.

قال في الكتاب: وهذا بمنزلة اللقيط في حجر رجل [آجره](٦)، وفي المسألة إشكال؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا عنه، فإن عقده يوقف على إجازته، فينبغي أن يعمل فسخه حتى لا يكون الأجر، ثم أشار إلى الجواب وقال: هو بمنزلة اللقيط في حجر رجل.

وبيان ذلك: أن الملتقط إنما ملك إجارة اللقيط؛ لأنه بالإجارة يجعل ما ليس بمتقوم في حقه متقومًا، وإنه نظر في حق الصغير، وهذا المعنى يقتضي أن يملك المولى إجارة معتقه إذا كان صغيرًا في حجره فينفذ عقد الإجارة عليه بصفة اللزوم فلا

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ.

يملك فسخها بعد اللزوم.

قال في القدوري: وإذا آجر الرجل عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر أعتقه، فعتقه جائز؛ لأنه أعتق ملك نفسه والرقبة بعد الإجارة باقية على ملك المولى فينفذ عتقه، وكان العبد بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، وهذا بناء على ما قلنا: إن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها، والمنافع بعد العتق[١] حدثت على ملك العبد، فيصير العقد في حق المنافع الحادثة بعد العتق كأنه صدر من الفضولي فتوقف على الإجازة، فإذا جاز لم يكن له أن ينقض [الإجارة][٢] بعد ذلك، وأجر ما مضى للسيد وما بقي للعبد، ونفذ العقد عليهما بإجازة العبد فكان بدلها للعبد.

وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى؛ لأن قبض البدل من حقوق العقد فيثبت للعاقد والعاقد هو المولى، وإن كان المولى حين آجر عبده استعجل الأجرة، ثم أجاز العبد بعد العتق فالأجرة كلها للسيد؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل، وفي تلك الحالة المبدل على حكم ملك المولى فصارت الأجرة مملوكة للمولى و[٣] الإجارة من العبد تقرر[٤] حكم ذلك الملك فلا يتغير بالعتق.

ولو كان العبد هو الذي آجر نفسه بإذن المولى، ثم عتق بعد ما مضى مدة فله حق الفسخ، والعبد هو الذي يلي قبض الأجرة؛ لأن العقد كان منه، ولو آجر المكاتب عبده، ثم عجز ورد في الرق، فالإجارة باقية في قول أبي يوسف.

وقال محمد رحمه الله: تنقض الإجارة.

ولو استأجر عبدًا ثم عجز بطلت الإجارة في القولين.

ولو أجر الرجل [عبدًا][٥] له ثم استحق [وأجاز][٦] المستحق الإجارة، فإن كانت

---

(١) في أ، ز: القبض.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: من.
(٤) في ز: فتقرر.
(٥) سقط في أ، ز.

الإجارة قبل استيفاء المنفعة [جاز وكانت الأجرة للمالك؛ لأن الإجارة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أجاز بعد استيفاء المنفعة][١] لم تعتبر الإجارة والأجر للعاقد؛ لأن المنافع قد مضت وتلاشت.

وابتداء العقد عليها لا يجوز فلا تلحقها الإجازة؛ لأن الإجازة في معنى ابتداء العقد، وإن أجاز في بعض المدة، فالأجرة في الماضي والباقي للمالك في قول أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: أجر ما مضى للغاصب وما بقي فهو للمالك.

وجه قول أبي يوسف: أن العقد قائم فتلحقه الإجازة.

وجه قول محمد: أن العقد ينعقد ساعة فساعة، ففي [حق][٢] ما مضى من منفعة العقد قد انعدم فلا تلحقه الإجازة.

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعًا، فلا أجر لها، قال: وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو تخبز هكذا ذكر.

وقيل في المعنى: إن التسليم شرط لصحة الإجارة، ولوجوب الأجرة وسكناها معه يمنع التسليم، والحكم ممنوع والعلة مردودة، والقياس على استئجارها للطبخ والخبز غير صحيح؛ لأن الخبز والطبخ مستحق عليها ديانة، والسكنى غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكمًا.

وقوله: بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم، قلنا: لا يمنع؛ لأنها تابعة للزوج في السكنى.

ولو استأجر الرجل غلامًا ليخدمه فرفع الغلام من متاع البيت ووقع من يده على شيء آخر من متاع البيت فكسره فلا ضمان على الغلام، ولو وقع على وديعة كانت عند المستأجر وكسرها فالغلام ضامن.

---

(٦) سقط في أ، ز.
(١) سقط في ز.
(٢) سقط في أ، ز.

ومما يتصل بهذا الفصل: إجارة الصبي والاستئجار له:

إذا آجر الأب أو الجد أو الوصي الصبي في عمل من الأعمال فهو جائز؛ لأن لهؤلاء ولاية استعمال الصغير من غير عوض، بطريق التهذيب والرياضة فمع العوض أولى، ولا تجوز إجارة غيرهم إذا كان له واحد منهم؛ لأنه لا ولاية لأحد على الصغير حال قيام واحد منهم وإن لم يكن واحد منهم وآجره ذو رحم محرم منه، وهو في حجره جاز بطريق التهذيب والرياضة، فإن لصاحب الحجر ولاية تهذيب من في حجره.

وإذا كان في حجر ذي محرم فآجره آخر هو أقرب كالصبي إذا كان في حجر عمه وله أم فآجرته الأم جاز في قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال محمد: لا يجوز، فوجه قول محمد: أن هذه الولاية في غير الأب والجد ووصيهما بطريق التهذيب والرياضة، وإنما تثبت ولاية التهذيب والرياضة لمن كان الصبي في حجره، ولأبي يوسف رحمه الله: أن القرابة مؤثرة في إثبات الولاية، فإذا ملكه الأبعد ملكه الأقرب من طريق الأولى.

وللذي [ولي][(١)] الإجارة على الصغير أن يقبض الأجرة؛ لأنه من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد، وليس له أن ينفقها عليه؛ لأنها مال الصغير، وليس لغير الأب والجد ووصيهما ولاية التصرف في مال الصغير[(٢)].

وكذلك إذا وهب للصغير شيء فللذي الصغير في حجره أن يقبضه ولكن لا ينفق على الصغير لما قلنا.

وللأب والجد ووصيهما إجارة عبد الصغير وسائر أمواله، وأما غير هؤلاء [ممن هو في حجره لا يؤجر عبده][(٣)]، وعن محمد - رحمه الله - أنه قال: أستحسن أن

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: الصبي.
(٣) في أ: في مال الصغير، وفي ز: ممن الصغير في حجره لا يملك إجارة مال الصغير؛ لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصغير.

يؤجروا[١] عبده؛ لأنه ظهرت ولايتهم في نفس الصغير نظرًا له، فكذا يظهر ولايتهم في مال الصغير نظرًا له، وكذلك أستحسن أن ينفقوا عليه ما لا بد له منه؛ لأن في تأخير ذلك ضررًا بالصغير.

ولو آجر الأب والجد ووصيهما الصغير ثم بلغ الصغير، فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ.

فرق بين هذا وبين ما إذا آجروا عبدًا للصغير، ثم بلغ الصغير حيث لا يكون له ولاية الفسخ.

والفرق: أن الإجارة[٢] مال محض منفعة في حق الصغير؛ إذ بها يحصل للصغير مال وهو الأجر بمقابلة ما ليس بمتقوم، وهو المنافع فينوب الأب والجد ووصيهما فيها[٣] مناب الصغير، وصار كأنه آجر نفسه وهو بالغ، وأما إجارة الصغير لم تمحض نفعًا في حق الصغير؛ لأنه إتعاب بدنه فكان ينبغي ألا يملكها هو لكن ملكوها من حيث التهذيب والرياضة فلهؤلاء ولاية تهذيب الصبي ورياضته، وهذه الولاية قد انقطعت بالبلوغ.

و[لو][٤] آجر الوصي نفسه للصبي لا يجوز، فأما على قول محمد - رحمه الله - فلأن الوصي لا يملك بيع مال نفسه من الصغير مع أنه مقابلة العين بالعين، فلأن لا يملك إجارة نفسه منه وإنه مقابل المنفعة بالعين أولى.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فلأنه إنما يملك بيع مال نفسه من الصغير إذا كان النفع فيه ظاهرًا للصغير ولا نفع في بيع المنفعة للصغير، وإن كان بأقل من قيمته حيث لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن ما يحصل للوصي عين وما يحصل للصغير منفعة، والعين خير من المنفعة.

---

(١) في أ: يؤاجر.
(٢) في أ، ز: إجارة.
(٣) في أ، ز: فيهما.
(٤) سقط في أ.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله - يقول: كان القاضي يقول: على قياس مسألة المضاربة ينبغي أن يقال للولي[١] أن يؤاجر نفسه في عمل من أعمال اليتيم بأقل من الأجر، فإن للوصي أن يجعل مضاربا لليتيم في ماله، والمضاربة إجارة والمضارب أجير رب المال. قال رحمه الله: وبه قال بعض مشايخنا.

قال رحمه الله: والصحيح أنه لا يجوز بخلاف المضاربة.

والفرق: أن في فصل المضاربة ليس يشترط لنفسه شيئا من مال اليتيم، إنما يشترط لنفسه مقدار المشروط من الربح، ويضمن ذلك من دخوله في ملك اليتيم، وليس فيه ضرر لليتيم، بل يحصل له منفعة ظاهرة فصحت.

فأما في الإجارة الوصي يستخلف لنفسه من مال اليتيم شيئا ويبدل للصغير من نفسه منفعة، والمال خير من المنفعة؛ فلم تكن الإجارة خيرا في حق الصغير؛ فلهذا لم تصح.

ولو استأجر الوصي الصغير لنفسه فينبغي أن يجوز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان بأجرة لا يتغابن بمثلها؛ لأن في هذا التصرف نفع الصغير؛ لأنه يحصل له العين وهو الأجر بمقابلة المنفعة.

فأما الأب إذا استأجر الصغير لنفسه لا شك في جواز هذه الإجارة، وأما إذا أجر نفسه للصغير بمثل القيمة، ذكر في عامة الروايات أنه يجوز عندهم جميعًا؛ لأنه باع منفعة له من الصغير بمثل القيمة، فتعتبر بما لو باع عينًا له من الصغير بمثل القيمة وذلك جائز فكذا هذا.

وذكر في بعض الروايات: أنه لا يجوز، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

ووجه ذلك: أن العمل للصغير واجب على الأب ديانة إن لم يكن واجبًا من حيث الحكم، فالوجوب ديانة مانع من جواز الإجارة لما مر من قبل هذا.

---

(١) في ز: للوصي.

الوصي إذا استأجر من نفسه عبدًا لليتيم ليعمل ليتيم آخر هو في حجره وهو وصيهما لا يجوز؛ لأنه باع منفعة أحد اليتيمين من الآخر فيعتبر بما لو باع عينًا من أعيان مال أحدهما من الآخر، وذلك لا يجوز فهذا كذلك.

الصبي المحجور إذا آجر نفسه لم يجز، وكذلك العبد المحجور إذا آجر نفسه لم يجز، وهذا؛ لأن الإجارة لو كانت من المالك ولم يسم بدلًا يجب أجر المثل [بالغًا][(١)] ما بلغ، ولو كان مسمى فيه الأجرة وجب المسمى، ولا يزاد عليه، فالزيادة على المسمى إذا لم تجب على المستأجر؛ لأن المؤاجر أبطلها بالتسمية، فالوصي أيضًا لو لم يسم الأجر أصلاً يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، وإذا سمى الأجر لو لم تجب الزيادة على المسمى، إنما لا تجب لإبطال الوصي الزيادة بالتسمية، وليس له إلى إبطالها سبيل ويجعل في حق الزيادة كأن التسمية لم توجد أصلاً.

والقاضي ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله كان يفتي بقول الخصاف[(٢)] حتى حكي أنه قال: لو غصب إنسان دار صبي يجب عليه أجر المثل في هذه الصورة بالغا ما بلغ إلا إذا انتقص المنزل بسبب سكنى المستأجر وكان ضمان النقصان أنفع لليتيم من أجر المثل فحينئذ يجب ضمان النقصان، أما بدون ذلك يجب المثل إلا إذا انتقص بسبب سكناه وضمان النقصان أنفع في حق الصغير فحينئذ يجب ضمان النقصان.

وفي وصايا الفتاوى: رجل أقعد صبيًّا مع رجل يعمل معه فاتخذ هذا الرجل كسوة، ثم بدا للصبي ألا يعمل، قال: إن [كان][(٣)] أعطاه كرباسًا، والصبي هو الذي تكلف خياطته لم يكن للرجل على الكسوة سبيل؛ لأن الصبي ملكه بخياطته فانقطع عنه حق الدافع.

❊ ❊ ❊

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: الجصاص.
(٣) سقط في أ، ز.

الفصل التاسع عشر
في إجارة الظئر[1]

القياس يأبى جواز إجارة الظئر؛ لأنها ترد على استهلاك العين مقصودًا وهو اللبن[2]، فهو بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة [بأجرة معلومة][3]

---

(١) الظئر: المرأة التي تستأجر للرضاعة، وأصل الظئر: الناقة التي تعطف على ولد غيرها، ومنه قيل للمرأة الأجنبية تَحضن ولد غيرها: ظئر، وللرجل الحاضن: ظئر أيضا، والجمع أظآر مثل حمل وأحمال، وربما جمعت المرأة على ظئار بكسر الظاء وضمها. ينظر: المصباح المنير، مادة (ظئر)، ص (١٤٧).

(٢) اتفق الفقهاء على مشروعية إجارة الظئر؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقد وضع الفقهاء عدة ضوابط لعقد إجارة الظئر وهي:

١- أن يكون عقد الرضاع معلوما من حيث مدته؛ لأنه لا يمكن تقدير المنفعة إلا به، ومكانه؛ لأنه يختلف فيشق عليها في بيته، ويسهل عليها في بيتها، ومقدار الأجر، ومعرفة الصبي؛ لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره، ونهامته وقناعته.

٢- إذن الزوج؛ لأن الرضاع يفوت حقه في الخدمة والاستمتاع، إلا إذا خيف الهلاك على الرضيع إذا انتظرنا إذن الزوج، فإنه يجب على المرأة القيام بالإرضاع نزولا على مقتضى الضرورة.

٣- ألا يضار أبناء المرضعة من جراء قيامها بإرضاع غيرهم.

واختلف الفقهاء في محل عقد إجارة الظئر على النحو التالي:

١- ذهب بعض الفقهاء إلى أن محل عقد إجارة الظئر هو منافع المرضعة التي تلزم بالقيام بها، كالعناية بالطفل، وتربيته، وخدمته، وإرضاعه، وهذا يعني أن إجارة الظئر ترد على منافع الجسد لا على الجسد نفسه.

٢- وذهب بعض الفقهاء إلى إن إجارة الظئر ترد على لبن المرأة نفسها؛ لأنه هو المقصود من التعامل؛ كما أن قول الله سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦]. قد ربط بين الحصول على الأجرة وبين حصول الإرضاع فعلا؛ فدل هذا على أن محل العقد هو اللبن، وهو ما يعني أن المرضعة لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الأجر، =

ليشرب لبنها، لكن [جوزنا هذا][1] استحسانًا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2]، وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودًا، وإنما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي، واللبن يدخل فيها تبعًا لهذه الأشياء، وهذا جائز.

كما لو استأجر صباغًا ليصبغ له الثوب وإنها[3] جائزة، وطريق الجواز: أن يجعل العقد واردًا على فعل الصبّاغ، والصبغ يدخل فيها تبعًا، فلم يكن الاستهلاك واردا على استهلاك العين مقصودًا.

خرج على هذا فصل البقرة والشاة؛ لأن هناك عقد الإجارة مقصود[4]، وإذا جازت الإجارة ينظر بعد هذا: إن لم يشترط في عقد الإجارة أنها ترضع الصبي في منزل الأب، فلها الخيار إن شاءت أرضعت الصبي في منزل الأب وإن شاءت أرضعته في منزلها؛ لأنه إنما يستحق على الأجير ما يشترط عليه، ولم يشترط

= ولو خدمته دون الرضاع لم تستحق الأجر. يضاف إلى ذلك أن المرضعة لو تركت إرضاع الطفل، وقامت بالخدمات الأخرى فلا تسمى مرضعة وإنما تسمى حاضنة. وهنا قد يتساءل سائل كيف يمكن ورود عقد الإجارة على عين من المرضعة وهو لبنها ولم يرد على منافعها وهو الأصل في عقد الإجارة؟! ويجاب على هذا التساؤل: بما يقرره كثير من الفقهاء بأن عقد إجارة الظئر يعتبر عقدا ذا طبيعة خاصة، ومنح هذه الطبيعة على سبيل الاستثناء؛ لأن الضرورة تدعو إليه لبقاء الآدمي ولا يقوم غيره مقامه، ولأن الأعيان التي تتجدد شيئًا فشيئا تأخذ حكم المنفعة.

ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٢٤١)، تكملة البحر الرائق (٨/ ٣٧، ٣٨)، المبسوط (١٥/ ١١٨)، شرح فتح القدير (٢/ ٣٥٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٣٧)، البحر الرائق (٣/ ٢٣٨)، بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥)، الفتاوى الهندية (٤/ ٣٤٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٣)، التاج والإكليل (٤/ ٣٦٤)، روضة الطالبين (٥/ ١٩٢)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣٤٥)، الكافي في فقه أحمد بن حنبل (٢/ ٣٠٠)، المغني، لابن قدامة (٦/ ٧٣، ٧٤)، فتاوى ورسائل ابن تيمية في الفقه (٣٠/ ٢٢٩)، إعلام الموقعين (٢/ ٣٤)، المحلى (٨/ ١٨٩).

(٣) سقط في ز.

(١) في ز: جوزناها.

(٢) سورة الطلاق آية: ٦ .

(٣) في ز: وإنه.

(٤) في ز: مقصودًا.

عليها[١] الإرضاع في منزل الأب لا نصًّا ولا عرفًا، فلا يلزمها ذلك.

وإن شرط عليها الإرضاع في منزل الأب أرضعته في منزل الأب فكان[٢] ينبغي ألا يصح هذا الشرط؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه مطلق العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

والجواب: أن الثابت بهذا الشرط زيادة جودة في المعقود عليه؛ لأن الإرضاع في منزل الأب أجود للصبي من الإرضاع في منزلها، واشتراط زيادة الجودة في المعقود عليه الذي لا يقتضيه مطلق العقد، لا يفسد العقد.

كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب، أو اشترى بدراهم جياد، وكذلك إذا لم يشترط ذلك عليها صريحًا ولكن كان العرف الظاهر[٣] فيما بين الناس أن الظئر يرضع الصبي في منزل أبيه لزمها ذلك؛ لأن المعروف فيما بين الناس كالمشروط. ولو ضاع الصبي من يدها، أو وقع فمات، أو سرق شيء من حلي الصبي، أو ثيابه فلا ضمان على الظئر، أما ضمان الصبي؛ فلأنه ضمان آدمي، وضمان الآدمي لا يجب بالعقد.

ألا ترى أن ضمان الآدمي تتحمله العاقلة، وضمان المعقود عليه لا تتحمله العاقلة كالثمن والأجر، وهذا ضمان عقد؛ لأنه لولا عقد الإجارة لما ضمن الظئر، فأما ضمان ما على الصغير من الثياب والحلي؛ وما عليه تبع له فإذا لم يجب ضمان الأصل، فكيف يجب ضمان التبع؟

وطعام الظئر وكسوتها على الظئر إذا لم يشترط ذلك في عقد الإجارة على المستأجر؛ لأن الأجير بعقد الإجارة إنما يستحق على المستأجر ما شرطه[٤] لا ما لم يشترط له.

---

(١) في ز: عليه.
(٢) في ز: وكان.
(٣) في ز: ظاهرًا.
(٤) في ز: شرط له.

فإن قيل: الطعام وإن لم يكن مشروطًا لها نصًّا فهو مشروط لها عرفًا، والمعروف كالمشروط.

قلنا: إنما يجعل المعروف كالمشروط في العقد إذا كان فيه تجويز العقد، وفي جعل الطعام مشروطًا لها في العقد فساد[1] عندهما قياسًا واستحسانًا، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - قياسًا، ولا يجعل ذلك مشروطًا في العقد.

وإن استأجرها بالدراهم فلا بد من بيان قدرها وصفتها، وإن استأجرها بمكيل أو موزون، فلا بد من بيان قدره وصفته، وإن استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم، وقد مرَّ ذلك في صدر الكتاب، وإن استأجرها بطعامها وكسوتها ووصف ذلك، جاز بالاتفاق، وإن لم يصف، فالقياس ألا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي - رحمهم الله -.

وفي الاستحسان يجوز، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وجه القياس في ذلك: أن الإجارة مجهولة وجهالة الأجرة يوجب فساد العقد، كما في سائر الإجارات.

وجه الاستحسان: قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[2] والمراد منه: أجرة[3] الرضاع، لا نفقه النكاح؛ لأن الله تعالى ذكر الإرضاع أولًا، ثم أوجب الرزق والكسوة ولم يذكر النكاح، والحكم إذا نقل[4] عقيب سبب وإنما يحال بالحكم إلى السبب المنقول، والسبب المنقول الإرضاع، فعلم أن المراد من الآية أجرة الرضاع.

فوجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى أوجب أجرة الرضاع مع الجهالة، فإنه تعالى قال: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، وإنما يقال: هذا فيما كان مجهول الصفة والنوع كما في

---

(١) زاد في ز: العقد.
(٢) سورة البقرة آية: ٢٣٣ .
(٣) في ز: أجر.
(٤) في ز: فعل.

قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١]، فهذا دليل على أن الطعام والكسوة يصلح أجرة الرضاع مع الجهالة، ولأن هذا يجري مجرى نفقة الولد؛ [لأن الواجب في الحاصل والحقيقة نفقة الولد][٢]؛ لأن إيصال النفقة إلى الولد بواسطة الظئر، فإذا كان هذا يجري مجرى النفقة صح مع الجهالة، والجهالة لا توجب فساد العقد بعينها بل للإفضاء إلى المنازعة والجهالة هاهنا لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة فيما بين الناس، في البلدان التوسعة على الظئر وترك المنازعة في طعامهن وكسوتهن؛ لأن البخس في ذلك يؤدي إلى الضرر بالولد، ومثل هذه العادة معدومة في سائر الإجارات.

وإذا صحت هذه الإجارة كان لها الوسط من الطعام والكسوة كما في نفقة الولد، والذي يجب على الظئر بعد الاستئجار والإرضاع والقيام بأمر الصبي فيما يصلحه من رضاعه وغسل ثيابه، وأما الإرضاع فظاهر، إلا أن العادة فيما بين الناس أن الظئر هي التي تتولى ذلك فصار ذلك كالمشروط، وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فهو على الظئر، وكان ذلك عرف ديارهم، أما في عرفنا ما يعالج به الصبيان على أهله إن كان الصبي يأكل الطعام، وعلى الظئر أن تهبه، والمرجع في جميع ذلك العرف؛ وهذا؛ لأن هذه الأشياء من توابع الإرضاع.

والأصل: أن الإجارة إذا وقعت على عمل، فكل ما كان من توابع ذلك العمل، ولم يشترط ذلك على الأجير في الإجارة فالمرجع فيه العرف.

وليس للظئر ولا للمسترضع أن تفسخ هذه الإجارة إلا بعذر كما في سائر الإجارات، وكان ينبغي أن تكون للظئر ولاية الفسخ من غير عذر؛ لأن المعقود عليه في جانبها اللبن وإنه عين، واستهلاك العين عذر في فسخ العقد كما في باب المزارعة، فإن[٣] لمن كان البذر من جهته حق فسخ المزارعة؛ لأنه يحتاج إلى

(١) تقدم.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: كان.

استهلاك العين.

وكما إذا استأجر جزازًا ليجزز له حقًا من هذا الأديم، ثم بدا له ألا يقطع الأديم، كان له فسخ العقد؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك العين كذا هاهنا.

والجواب: هذا هكذا إذا كان العين متقومًا يضمن بالاستهلاك، فيكون اللبن والمنفعة سواء فلا يعتبر استهلاكه عذرًا في الفسخ، والعذر لأجل الصبي ألا[١] يأخذ لبنها أو يتقيأ؛ لأن المقصود لا يحصل متى كانت الحالة هذه، وكذلك إذا حبلت؛ لأن الحبل يفسد اللبن، وكذلك إذا مرضت؛ لأن اللبن يفسد بالمرض[٢].

وكذلك إذا كانت سارقة؛ لأنه يلحقهم زيادة ضرر، وكذلك إذا كانت فاجرة بينة الفجور؛ لأنها ربما تحبل وربما تدخل بيتهم فاجرًا إن كانت ترضع في بيتهم، وفي ذلك ضرر على أهل الصبي ولأنها تتشاغل عن حفظ الصبي، وكذلك إذا أرادوا سفرًا وأبت الخروج معهم، وهذا؛ لأنه لا يجب على الظئر بعقد الإجارة أن تسافر معهم، ولا يجب على أهل الصغير ترك المسافرة، وفي ترك الصغير عند الظئر ضرر لأهله، فيتعين الفسخ عند ثبوت هذه الوجوه.

وكذلك إذا كانت سيئة الخلق بذيئة اللسان؛ لأنه لا يمكنهم تسليم المعقود عليه إلا بتحمل الأذى، وفيه ضرر زائد، والعذر من جانب الظئر أن تمرض مرضًا لا تستطيع معه الإرضاع إلا بمشقة تلحقها؛ لأنه لا يمكنها إيفاء المعقود عليه إلا بزيادة الضرر.

وكذلك إذا حبلت، وكذلك إذا آذوها بألسنتهم ولم يكفوا عنها؛ لأنه لا يمكنها تسليم المعقود عليه إلا بضرر زائد، وهو تحمل الأذى.

وكذلك إذا لم تكن معروفة بالظئورة وهي مما يعاب عليها، فلها الفسخ بخلاف ما إذا كانت تعرف بذلك.

---

(١) في ز: أن.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٤٤٦).

ومعنى قوله: «أنه لا تعرف بذلك»، أن تكون هذه أول إجارة منها، وكان الصبي قد ألفها ولا يأخذ لبن غيرها وهي لا تعرف بالظئورة كان لها الفسخ أيضًا في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه ليس لها الفسخ إذا كان يخاف على الصبي من ذلك.

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: الاعتماد على رواية أبي يوسف.

وتأويل قول محمد - رحمه الله -: إذا كان الصبي يعالج بالغذاء من الفانيد والتمر ونحو ذلك مما يعالج به الصبيان، أو يأخذ لبن الغير بنوع حيلة، أما إذا كان لا يعالج بالغذاء، ولا يأخذ لبن غيرها فجواب محمد - رحمه الله - كجواب أبي يوسف، وعليه الفتوى.

وفي العيون: إذا استأجر ظئرًا لصبي شهرًا، فلما انقضى الشهر أبت أن ترضع بأجر مثلها، قال الحاكم - رحمه الله -: يحتمل أن يكون هذا الجواب في المعروفة بهذا العمل، وإن كان لها زوج معروف فأجرت نفسها للظئورة بغير إذن الزوج، ذكر في الأصل مطلقًا: أن للزوج حق الفسخ.

قيل: هذا إذا كان الزوج يشينه ذلك لشرفه، أما إذا كان ممن لا يشينه ذلك، فليس له حق الفسخ.

وقيل: له حق الفسخ في الحالين، وهو الصحيح، أما إذا كان الزوج من الأشراف ويعاب به بين أقرانه، أنه يعذر بذلك؛ لأن الإجارة على الرضاع تعد دناءة والنكاح يفسخ لدفع ضرر العار حتى كان للأولياء حق الفسخ إذا زوجت نفسها من غير كفؤ، مع أن النكاح لا يفسخ بسائر أسباب الفسخ أولى أن يفسخ به هذا.

ألا ترى أن الغلام المأذون أو البالغ إذا أجر نفسه من رجل ليخدمه ويكون معه كان للأولياء حق الفسخ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم كذا

هاهنا.

ألا ترى أن المرأة إذا كانت من الأشراف، وأهل البيوتات، فأجرت[١] نفسها للظئورة، كان للأولياء حق الفسخ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم.

والثاني: أن هذه الإجارة مما يوجب خللاً لحق الزوج؛ لأنها حال ما تشتغل بخدمة الصبي لا يمكنها خدمة الزوج، وللزوج أن يمنع المرأة عما يوجب خللاً في خدمته، وأما إذا لم يكن [الزوج][٢] من الأشراف فللعلة الثانية، وإن كان زوجها مجهولًا لا تعرف أنها امرأته إلا بقولها، فليس له أن ينقض الإجارة.

وإذا كان لها زوج معروف وقد استؤجرت شهرًا، فانقضى الشهر والصبي لا يأخذ لبن غيرها إن كانت أجرت نفسها بغير إذن الزوج، فللزوج أن يأباه، وإن خيف أن يموت الصبي، وإن كانت أجرت نفسها بإذن الزوج، فليس للزوج أن يمنعها إذا كان الصبي لا يأخذ لبن غيرها.

في العيون: وإن كان الزوج قد علم الإجارة، فأراد أهل الصبي أن يمنعوه عن غشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بصبيهم، فلهم أن يمنعوه عن ذلك في منزلهم؛ لأن لهم ولاية منعه عن غشيانها؛ لأن غشيانها في منزلهم لا يكون إلا بعد الدخول في منزلهم، وإن لقيها في منزله فله أن يغشاها؛ لأن الغشيان صار مستحقًا له بعقد النكاح لو سقط هذا الحق إنما يسقط دفعًا للضرر عن الصبي، والحبل أمر موهوم ولا يسع للظئر أن تمنعه عن ذلك؛ لأن هذا الحق لم يسقط بسبب هذه الإجارة، فلا يكون للمرأة منعه عن ذلك، وكل ما يضر بالصبي نحو الخروج عن منزل الصبي زمانًا كثيرًا، وما أشبهه، فلهم أن يمنعوها عنه، وما لا يضر بالصبي فليس لهم منعها[٣] عنه؛ ألا ترى أنها لا تمنع من تمكين الزوج في منزله مع أن فيه وهم

---

(١) في ز: أجرت.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: أن يمنعوها.

الضرر.

وفي الأصل: إذا استأجر الرجل ظئرًا لولده الصغير، ثم مات الرجل، لا تنتقض الإجارة؛ لأن إجارة الظئر وقعت للصغير؛ لأن الأب فيما يتصرف للصغير وكيل عن الصغير [شرعًا][1]، فيعتبر بالوكيل الحقيقي في باب الإجارة إذا مات لا تبطل الإجارة، فكذا الوكيل الشرعي.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - يقول: إنما لا تبطل إجارة الظئر بموت الأب، وهذا؛ لأنه إذا كان للصغير مال، فالإجارة وقعت للصغير باعتبار المنفعة والأجر جميعًا، فإن أجر الإرضاع يجب في مال الصبي، فكانت الإجارة واقعة للصبي من كل وجه فتبقى ببقاء الصبي، فأما إذا لم يكن للصغير مال فتكون الإجارة واقعة للأب، فتبطل بموت الأب.

ومنهم من قال: لا، بل في الحالين جميعًا لا تبطل الإجارة بموت الأب، وإطلاق محمد - رحمه الله - في الكتاب يدل عليه.

ووجه ذلك أن الإجارة وقعت للصبي من كل وجه، باعتبار المنفعة والأجر جميعًا، فإن الأجر يجب في ذمة الصبي، والأب يقضي ما وجب على الصغير من ماله؛ ألا ترى أنه لو ظهر للصغير مال كان للأب أن يقضي ذلك من ماله فعلم أن الإجارة وقعت للصغير من كل وجه فلا تبطل بموت الأب، أو نقول: إن وقعت الإجارة للأب باعتبار الأجرة وقعت للصغير باعتبار المنفعة، فمن حيث إنها وقعت للأب إن كانت تبطل بموت الأب، فمن حيث إنها وقعت للصغير لا تبطل، فلا تبطل بالشك.

أو نقول: لا فائدة في نقض الإجارة بموت الأب؛ لأنه يحتاج إلى إعادة مثلها في الحال.

ثم قال محمد - رحمه الله -: أجر الظئر في ميراث الصبي.

---

(١) سقط في ز.

قيل: أراد به أجر ما يستقبل من المدة بعد موت الأب، أما ما وجب من الأجر حال حياة الأب يستوفى من جميع التركة.

وقيل: الكل يستوفى من نصيب الصغير، وهو الصحيح.

وفي النوازل: استأجر الرجل ظئرًا ليرضع ابنه الصغير، فلما أرضعته شهرًا مات أب الصغير، فقالت عمة الصغير للظئر: أرضعيه حتى نعطيك الأجر فأرضعته شهورًا[١]، قال: إن لم يكن للصبي مال[٢] حين استأجرها الأب، فمن يوم مات الأب الأجر على العمة، ثم ينظر: إن كانت وصية الصغير رجعت بذلك في مال الصغير وإلا فلا، وإن كان للصبي مال يوم استأجرها فالأجر كله في مال الصبي، وأشار إلى المعنى فقال: ؛ لأن في الفصل الأول الإجارة قد انقضت بموت الأب، فإذا قالت العمة: أرضعيه ووافقته على ذلك، انعقدت[٣] بينهما إجارة مبتدأة فيكون الأجر على العمة من هذا الوجه، وفي الفصل الثاني الإجارة لم تنتقض بموت الأب، بل تبقى على حالها؛ لأن العقد وقع للصغير من كل وجه فيكون الأجر في مال الصبي.

وإذا[٤] ماتت الظئر انتقضت الإجارة كما في سائر الإجارات إذا مات الآجر، وكذا إذا مات الصبي؛ لأن العقد وقع له فيبقى ببقائه ويبطل بموته، ولأنها عجزت عن إيفاء المعقود عليه عجزًا لا يرجى زواله، فهو بمنزلة العبد المستأجر إذا مات وذلك يوجب انفساخ العقد كذا هاهنا.

وإذا استأجر الرجل ظئرًا ترضع صبيين له فمات أحدهما فإنه يرفع عنه نصف الأجر؛ لأنها بقدر النصف قد عجزت عن إيفاء المعقود عليه.

بيانه: أنه لا يمكن إيفاء المعقود عليه بدون الصبي، وليس لأب الصبي إقامة

---

(١) في ز: شهرًا.
(٢) زاد في أ: يوم استأجرها، فالأجر كله.
(٣) في ز: انعقد.
(٤) في ز: وإن.

صبي آخر مقام الصبي لما يقع بين الصبيين من التفاوت في الإرضاع، فهو معنى قولنا: عجزت عن إيفاء المعقود عليه بقدر النصف فتنفسخ الإجارة في النصف، فلهذا قال: يرفع عنه نصف الأجر.

ولو استأجرت ظئرين يرضعان صبيًّا واحدًا فماتت إحداهما، فالأخرى بنصف الأجر إن كان لبنهما واحدًا، وإن كان متفاوتًا فبحساب ذلك.

والحاصل: أن الأجر يتوزع على لبنهما، وإن أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيًّا لهم ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة، فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت، وهذه جناية[١] منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين، ولا تتصدق بشيء[٢]، وهذا الجواب لا يشكل، إذا قال أب الصغير للظئر: استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا؛ لأن الظئر في هذه الصورة تعتبر أجيرة مشتركة؛ لأن الأب أوقع العقد أولًا على العمل، وإنما يشكل إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا؛ لأنها أجيرة وحد في هذه الصورة؛ لأنه أوقع العقد على المدة أولًا، وسيأتي بيان ذلك في باب الراعي إن شاء الله تعالى.

وليس للأجير الواحد أن يؤاجر نفسه من آخر، وإذا أجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول، ويأثم.

والوجه في ذلك: أن الأجير الواحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار، وإن كان أجير وحد من حيث إنه أوقع العقد في حقهما على المدة وإن كانت أجيرة وحد من كل وجه بأن أوقع العقد في حقهما على المدة والعمل لا يمكنها إيفاء العمل لكل واحد منهما على الكمال في تلك المدة، بأن أجرت نفسها يومًا للحصاد وللخدمة فخدم في بعض اليوم الأول، وخدم في بعض اليوم الثاني، لم يستحق الأجر كاملاً على الأول فيأثم بما منع، ولو كانت أجيرة مشتركة من كل وجه، استحقت الأجر كاملاً ولم تأثم، فإذا كان بينهما وقت تأثم لشبهها بالأجير الوحد.

---

(١) في أ: خيانة.

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٢٧) وتبيين الحقائق (٥/ ١٢٩).

وقلنا: بأنها تستحق الأجر كاملاً لشبهها بالأجير المشترك.

وإذا دفعت الظئر الصبي إلى خادمتها حتى أرضعته فلها الأجر كاملاً استحسانًا؛ لأنه لم يشترط عليها الإرضاع بثديها(١)، فهو نظير من استأجر قصارًا ليقصر له ثوبًا، أو خياطًا ليخيط له ثوبًا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره، فإنه يستحق الأجر كذا هاهنا.

والمعنى فيه: أن قوله: ليخيط ليقصر لترضع، كما يذكر ويراد به المباشر، يذكر ويراد به السبب فلا تتعين المباشرة مرادًا إلا بالتنصيص عليه، [فأما إذا](٢) شرط عليها الإرضاع بنفسها فدفعته إلى خادمتها حتى أرضعته، هل تستحق الأجر؟ اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنها لا تستحق.

وإن أرضعته بلبن شاة، أو غذته بطعام حتى انقضت المدة فلا أجر لها؛ لأن هذا لا يسمى إرضاعًا فلا يتحقق إيفاء المعقود عليه وبدونه لا تستحق الأجر، وإن جحدت الظئر ذلك، وقالت: ما أرضعته(٣) بلبن البهائم وإنما أرضعته بلبني(٤)، فالقول قولها مع يمينها استحسانًا، وإن قامت لأهل الصبي بينة على ما ادعوه فلا أجر لها.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: تأويل المسألة أنهم شهدوا أنها أرضعته بلبن نفسها لا تقبل شهادتهم؛ لأن هذه شهادة قامت على النفي مقصودًا بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك النفي دخل في ضمن الإثبات، وإن أقاما البينة أخذت ببينة الظئر.

وإذا استأجر الأب أم(٥) الصغير لإرضاعه فهو على وجهين: إما أن يستأجرها(٦)

(١) في ز: ببدنها.
(٢) في ز: وإذا.
(٣) في ز: أرضعت.
(٤) في ز: لبني.
(٥) ثبت في الحاشية: استأجر أمه لإرضاعه.
(٦) في ز: استأجرها.

حال قيام النكاح أو بعد الطلاق، وإما أن يستأجرها[١] بمال نفسه أو بمال الصغير، فإن استأجرها حال قيام النكاح بمال نفسه لا يجوز.

واختلف عامة المشايخ في تخريج المسألة بعضهم قالوا: إرضاع الصبي حال قيام النكاح واجب عليها ديانة وإن لم يكن واجبًا عليها حكمًا؛ وهذا؛ لأنه اجتمع ما يوجب أن يكون الإرضاع واجبًا عليها من حيث إن النكاح وضع لاستحقاق الوطء على المرأة، ولاستحقاق المهر على الزوج، لا لإرضاع يوجب [ألا يكون الإرضاع][٢] واجبًا عليها، ومن حيث إن الامتناع عن إرضاع الصغير حال قيام النكاح سبب النفرة، والنفرة سبب فوات مصالح النكاح يوجب أن يكون [الإرضاع][٣] واجبًا عليها، فجعلناه واجبًا ديانة لا حكمًا.

إذا ثبت هذا فنقول: اعتبار الحكم إن كان يوجب جواز هذه الإجارة فاعتبار الديانة يمنع الجواز؛ لأن الإجارة للاستحقاق فإنه يجوز إيرادها على ما ليس بمستحق، فلا يثبت الجواز بالشك.

وبعضهم قالوا: لا يجوز هذا العقد؛ لأنه مهجور بين[٤] الناس؛ فإنك هل ترى امرأة في نكاح رجل تأخذ الأجر على إرضاع ولده منها، ولعرف الناس أثر في جواز العقد وفساده، ألا ترى لو استأجر الرجل مرآة[٥] ليسوي عمامته جاز، ولو استأجر حبأ لذلك لا يجوز، وما افترقا إلا من حيث إن الأول عمل الناس، والثاني ليس عمل الناس.

وبعضهم قالوا: إنما لا يجوز هذا العقد؛ لأنه استأجرها لعمل [هي][٦] فيه

---

(١) في ز: استأجرها.
(٢) في ز: أن يكون.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: من.
(٥) في ز: امرأة.
(٦) سقط في ز.

شريك؛ لأنهما شريكان في الولد، والإجارة لمثل هذا العمل لا يجوز، وكما لا يجوز استئجارها لا يجوز استئجار خادمتها المملوكة لها وما يجب بالأجر[(١)] فهو لها فيكون استئجار خادمتها كاستئجارها، وكذا لا يجوز استئجار مدبرتها، ولو استأجر مكاتبة لها جاز.

وإن استأجرها بمال الصغير، روى ابن سماعة عن محمد- رحمه الله -: أنه يجوز، وهو مشكل على العبارات كلها، هذا إذا استأجرها حال قيام النكاح.

وأما إذا استأجرها بعد الطلاق، فإن كان الطلاق رجعيًّا لا يجوز؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع ملك النكاح، فصار الحال بعد الطلاق الرجعي كالحال قبل الطلاق، وإن كان الطلاق بائنًا ففي ظاهر الرواية يجوز.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: [أنه][(٢)] لا يجوز؛ لأن هذا منع ثبت بالنكاح فيبقى ما بقيت العدة كمنع نكاح الأخت وأربع سواها، ومنعها عن زوج آخر.

وجواب ظاهر الرواية يخرج على العبارة الأولى والثانية، أما[(٣)] على العبارة الأولى؛ فلأنا إنما أوجبنا [الإرضاع][(٤)] عليها ديانة؛ لأن الامتناع عنه[(٥)] سبب لوجوب الخلل في مصالح النكاح بواسطة النفرة، وهذا المعنى لا يتأتى بعد الطلاق البائن؛ لأن مصالح النكاح لا حصول لها بعد البينونة، وأما على العبارة الثانية؛ فلأن هذا العقد غير مهجور فيما بين الناس ولا يخرج على العبارة الثالثة، وإنه ظاهر، وهذا إذا استأجر زوجته لإرضاع ولده منها فأما[(٦)] لإرضاع ولده من غيرها يجوز،

---

(١) في ز: الأجر.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: وأما.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: منها.
(٦) في ز: وإذا أجرها.

وإنه يخرج على العبارات كلها.

ولو استأجر الرجل أمته أو ابنته أو أخته ترضع صبيًّا له جاز، وكذلك كل ذات رحم محرم منه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا استأجر ظئرًا لترضع ولد سنة بمائة درهم على أنه إن مات الصبي قبل ذلك فالدراهم كلها للظئر فهذا شرط يفسد الإجارة؛ عند موت الصبي قبل المدة وعود الأجرة[1] إلى المستأجر بقدر ما بقي من المدة، فإذا شرط خلافه فسد به العقد، فإن مات الصبي قبل ذلك فلها بقدر ما أرضعت أجر مثلها وترد البقية إلى المستأجر.

وفي فتاوى الفضلي: استأجر ظئرًا ترضع ولده سنة على أن أجرتها ليلة ويومًا خمسون درهمًا، وباقي السنة ترضع مجانًا فإن أرضعت شهرين ثم مات الولد يحسب لها من ذلك أجر مثلها على رضاع شهرين ونصف وترد الباقي؛ لأن هذه إجارة فاسدة؛ إما؛ لأن قضية العقد انقسام الأجرة على منافع المدة، وقد شرط خلافها، أو لأنهما شرطا عقد التبرع في الإجارة.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: مسلمة ترضع ولد الكافر بالأجر، فلا بأس به، فقد صح أن عليًّا - رضي الله عنه - أجر نفسه من كافرة، ليسقي لها الماء[2]. والله أعلم.

* * *

(١) في ز: المدة.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٤٥١).

الفصل العشرون[١]

في الإجارة على أحد الشيئين

الأصل أن الإجارة إذا وقعت على أحد الشيئين وسمى لكل واحد أجرًا بأن قال: أجرتك هذه الدار بخمسة، أو هذه الأخرى بعشرة، أو كان هذا القول في حانوتين أو عبدين أو [مسافتين مختلفتين][٢] نحو أن يقول: إلى واسط بكذا أو إلى الكوفة بكذا، فذلك كله جائز عند علمائنا.

وكذلك إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن ذكر أربعة أشياء لم يجز، وكذلك هذا في أنواع الصبغ والخياطة إذا ذكر ثلاثة جاز، فإن زاد عليها لم يجز استدلالًا بالبيع؛ وهذا؛ لأن عقد الإجارة يسامح فيها من تحمل الجهالة والخطر ما لا يتحمل في البيع، فإذا جاز في البيع إلى ثلاثة فلأن يجوز في الإجارة أولى.

إلا أن فرق ما بين الإجارة، والبيع: أن الإجارة تصح من غير شرط الخيار، والبيع لا يصح من غير شرط الخيار.

والفرق: أن الإجارة لا تجب بنفس العقد، وإنما تجب بالعمل، فإذا أخذ في أحد العملين صار البدل معلومًا عند وجوبه بخلاف البيع؛ لأن الثمن يجب بنفس العقد وإنه مجهول، أو نقول: عقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف، وإنما ينعقد عند إقامة العمل، وعند ذلك لا جهالة بخلاف البيع؛ لأن عقد البيع لازم في الحال، [وفي الحال][٣] الجهالة متحققة.

ولو قال: أجرتك هذه الدار على أنك إن قعدت فيها حدادًا فالأجرة عشرة، وإن قعدت فيها خياطًا فالأجر خمسة، جاز في قول أبي حنيفة -رضي الله عنه -.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: الإجارة فاسدة؛ لأن الأجرة هاهنا لا

---

(١) في ز: التاسع عشر.
(٢) في ز: مساقين مختلفين.
(٣) سقط في ز.

تجب بالسكنى بل بالتخلية، ألا ترى أنه لو لم يسكن الدار بعدما خلى بينه وبين الدار يجب الأجرة، وإذا كان يجب الأجر بالتخلية كان الأجر مجهولًا وقت الوجوب؛ لأنه لا يدري أن التخلية وقعت للحدادة فيجب عشرة، أو للخياطة فيجب خمسة بخلاف الرومي والفارسي؛ لأن هناك الأجر لا يجب [إلا][(١)] بالعمل، والعمل بعد وجوده معلوم في نفسه، فكان الأجر معلومًا حال الوجوب.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول على قوله الآخر: الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا، وإنما تملك بالعمل وحالة العمل الأجرة معلومة.

وعلى هذا إذا أجر دابة[(٢)] من إنسان إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها حنطة فالأجرة عشرة، وإن حمل عليها شعيرًا فالأجرة خمسة، جاز في قول أبي حنيفة [الآخر][(٣)] خلافًا لهما.

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها هذه الحمولة فالأجر عشرة، وإن ركبها فالأجر خمسة، فالعقد جائز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما قالا: بأن الأجر [قد][(٤)] يجب بدون الركوب.

ألا ترى أنه لو ساقها ولم يركبها، وقد شرط في العقد الحمل، يجب الأجر، وإن ساقها وقد شرط في العقد ما وصفت لك من الركوب أو الحمل لا يدري ما يعطيه من الأجر، ولأبي [حنيفة][(٥)] - رحمه الله - ما ذكرنا أن الأجر ما يجب بنفس العقد، وإنما يجب بالعمل وحال وجود العمل الأجر معلوم.

واختلفت عبارة المشايخ على قول أبي حنيفة في تخريج مسألة الدار والدابة أنه إذا سلم الدار والدابة، لم يسكن الدار ولم يحمل الدابة ولم يركبها:

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: دابته.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في ز.
(٥) سقط في ز.

بعضهم قالوا[١]: يجب أقل المسميين؛ لأن التسليم لا يكون لهما، وإنما يكون لأحدهما، فمتى جعلناه للخياطة أو للشعير أو للركوب فالخمسة واجبة، ومتى جعلناه للحدادة أو للحنطة[٢] أو للحمل، فالعشرة واجبة والخمسة متعينة[٣]، وما زاد عليها مشكوك والمال لا يجب بالشك.

وإذا كان كذلك، كان موجب هذا العقد خمسة متى وجب الأجر بالتسليم بدون العمل، والمسمى بمقابلة كل منفعة إن وجد استيفاء المنفعة، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب.

وبعضهم قالوا: إذا وجد التسليم ولم يوجد استيفاء المنفعة، يجعل التسليم لهما إذ ليس أحدهما بأن يجعل التسليم له بأولى من الآخر، فيجعل [النصف][٤] لهذا والنصف للآخر، فيجب نصف أجر الحدادة ونصف أجر القصارة ونصف أجر الحمل ونصف أجر الركوب، وإذا وجب هكذا صار موجب هذه الإجارة سبعة ونصفا متى وجب الأجر بالتسليم بدون استيفاء المنفعة، وإن وجد استيفاء المنفعة يجب المسمى بمقابلة تلك المنفعة، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب.

قال في الجامع الصغير: إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة بنصف درهم، فإن جاوز إلى القادسية فبدرهم فهو جائز، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في المسائل المتقدمة.

وذكر الكرخي مثل هذه المسألة وفصّل الجواب فيها تفصيلاً.

وصورة ما ذكر الكرخي: إذا استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة وإلى الكوفة بعشرة، فإن كانت المسافة إلى القصر نصف المسافة إلى الكوفة فالعقد جائز،

(١) في ز: قال.
(٢) في ز: للخياطة.
(٣) في ز: متيقنة.
(٤) سقط في ز.

وإن كان أقل أو أكثر فالعقد فاسد، وهذا؛ لأن المسافة إلى القصر إذا كانت نصف المسافة إلى الكوفة فحال ما يسير فالأجر معلوم، وهو خمسة إلى القصر جاوز القصر أو لم يجاوز، وأما إذا كانت المسافة إلى القصر أقل من النصف أو أكثر فحال ما يسير الأجر معلوم؛ لأنه إن لم يجاوز القصر فالأجر خمسة وإن جاوز فالأجر إلى القصر بقدر حصته وذلك دون الخمسة أو فوقها، فكان الأجر مجهولًا حال سبب الوجوب، وهذا على أصل محمد -رحمه الله تعالى-؛ لأن عنده جهالة الأجر عند وجود سبب الدين يفسد العقد، فأما على أصل أبي حنيفة -رحمه الله - فالعقد جائز والوجه ما ذكرنا.

وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى: من استأجر من آخر دابة على أنه إن أتى عليها الكوفة فبعشرة، وإن أتى القصر وهو المنتصف فبخمسة، فهو جائز.

قال: ولو قال: وإن أتى القصر وهو المنتصف فبنصيبه لا يجوز قال: ؛ لأنه إذا أتى القصر لا يدري ما عليه ستة أو خمسة.

كتب ابن سماعة إلى محمد - رحمه الله -: في رجل استأجر رجلًا على عدل زطي وعدل هروي قال: احمل أي هذين شئت إلى منزلي على أنك إن حملت الزطي فلك أجر درهم، وإن حملت الهروي فلك درهمان، فحمل الهروي والزطي جميعًا إلى منزله فالإجارة جائزة، وأيهما حمل أول مرة فهو الذي لاقاه الإجارة، وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له إن ضاع في قولهم جميعًا؛ وهذا؛ لأن الإجارة وقعت على أحدهما لا بعينه فإذا حمل أحدهما تعين معقودًا عليه وانتهت الإجارة بحمله، فيكون متطوعًا في الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع في يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن، وإن حملهما جملة فله[1] نصف أجر كل واحد منهما، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن ضاعا واعتبر كل واحد معقودًا عليه من وجه دون وجه فينصف الضمان عنده.

(١) في ز: فعليه.

ألا ترى أنه ينصف[١] الأجر بلا خلاف. وعلى قولهما: ضمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان في حق كل واحد منهما وهو القبض بغير إذن.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا قال لغيره: إن حملت هذه الخشبة [إلى ذلك الموضع][٢] فلك درهمان، وإن حملت هذه الخشبة الأخرى إلى ذلك الموضع فلك درهم، فحملهما جملة إلى ذلك الموضع، فله درهمان، أوجب أكثر الأجرين بكماله، وإنه يخالف رواية ابن سماعة في العدلين.

ولو قال للخياط: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فلك نصف درهم، فالشرط الأول صحيح في قول أبي حنفية - رضي الله عنه - حتى إنه لو خاطه في اليوم الأول وجب له درهم، والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه في اليوم الثاني يجب أجر المثل.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - الشرطان جائزان حتى لو خاطه في اليوم الأول فله درهم، ولو خاطه في اليوم الثاني فله نصف درهم.

وقال زفر: الشرطان باطلان، هكذا ذكر المسألة في الجامع الصغير.

وذكر في إجارات الأصل: إذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا ليخيط له قميصًا وقال له: إن خطته اليوم فلك دهم، وإن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف الأجر[٣]، وذكر الخلاف على نحو ما ذكر في الجامع الصغير.

حكي عن الفقيه أبي القاسم الصفار - رحمه الله - أنه قال: الصحيح موضوع ما ذكر في الجامع الصغير، أما على ما هو موضوع كتاب الإجارات ينبغي أن تفسد الإجارة في اليوم والغد جميعًا بلا خلاف.

ووجه ذلك: أن هذا عقد واحد شرط فيه شرط[٤] فاسد، ومثل هذا الشرط

(١) في ز: يتصدق.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: درهم.
(٤) في ز: شرطا.

يوجب فساد الإجارة.

بيانه: أن قوله: وإن لم تفرغ منه اليوم، ليس بإجارة على حدة؛ لأنه مما لا يبتدأ به الإجارة، فكان شرطًا مشروطًا في الإجارة [في المضاف][1] إلى اليوم وإنه شرط فاسد؛ لأنه يوجب تغيير الأجر الواجب في اليوم إلى النقصان؛ لأنه متى خاط نصف الثوب في اليوم مثلًا يجب نصف الأجر، قضية [رب العقد][2] المضاف إلى اليوم، وإذا لم يخط الباقي في اليوم يصير أجر ذلك النصف ربعًا بعد أن كان نصفًا، فهو معنى قولنا: هذا عقد واحد شرط فيه شرط فاسد، بخلاف قوله: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم؛ لأنهما إجارتان؛ لأن قوله: إن خطته، مما يبدأ[3] به الإجارة ولم يشترط في إحداهما شرطًا فاسدًا، فعلم أن الصحيح موضوع ما ذكر في الجامع الصغير.

فرق أبو حنيفة بين هذه المسألة وبين ما إذا قال: إذا خطته - تركية - أو قال: رومية فلك درهم، وإن خطته - فارسية- فلك نصف درهم، فإن هناك يجوز الشرطان بلا خلاف.

والفرق: أن في مسألة اليوم والغد علق استحقاق نصف درهم بفوات العمل في اليوم وبوجود العمل في الغد؛ لأن كلمة (إن) للشرط، وتعليق الأجرة بالعمل في الغد إن كان يصح؛ لأنه تعليق البدل بإبقاء المعقود عليه، فتعليقها بفوات العمل لا يصح كتعليقها بشرط آخر، وأما في اليوم استحقاق الأجرة معلق بإيفاء المعقود عليه، فتعليقها بفوات العمل لا يصح، كتعليقها بشرط آخر، وأما في اليوم استحقاق الأجرة معلق بإبقاء المعقود عليه وهذا لا يوجب فساد العقد، وفي التركية والفارسية ما علق الأجر بفوات شيء ولا بوجوده، فإنه يقدر أن يشتغل للحال بأي عمل شاء،

(١) في ز: المضافة.
(٢) في ز: للعقد.
(٣) في ز: يبتدأ.

فيصير الأجر معلومًا، وأما في مسألة اليوم والغد لا يقدر أن يشتغل لعمل في الغد إلا بفوات العمل في اليوم وفوات اليوم، فيتعلق استحقاق نصف درهم بالشرط فيفسد العقد فيجب أجر المثل في اليوم الثاني، فإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم، وهو رواية الأصل.

وهذا يشير إلى أن يجوز أن يزاد على نصف درهم، وهو رواية الأصل، والجامع الصغير.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهم الله -: أن له أجر مثله لا يزاد على نصف درهم، فصار عن أبي حنيفة روايتان، وصحح القدوري رواية ابن سماعة.

ولو خاطه في اليوم الثالث، فله أجر مثله[١] في قولهم.

واختلفت الروايات عن أبي حنيفة في ذلك، روي عنه: أنه لا يزاد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم. وروي عنه رواية أخرى: أنه لا يجاوز به نصف درهم وينقص عن نصف درهم إن كان أجر مثله أقل من نصف درهم.

واختلفت الروايات في ذلك عنهما أيضًا، قال القدوري في شرحه: والصحيح عندهما أنه ينقص عن نصف درهم ولا يزاد عليه.

ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته في اليوم الثاني فلا أجر لك، قال محمد - رحمه الله - في الإملاء: إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعًا؛ لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني [لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الثاني][٢] لا ينفي أصل العقد، فكان في اليوم الثاني عقدًا لا تسمية فيه، فيجب أجر المثل، هذا الذي ذكرنا إذا جمع بين الأمرين.

---

(١) في ز: المثل.
(٢) سقط في ز.

وأما إذا ورد العقد على اليوم بأن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، ولم يزد عليه، فخاطه في الغد، هل يستحق الأجر؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من الكتب.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول: إن على قولهما يستحق أجر المثل، متى خاط في الغد بلا تسمية؛ لأن ذكر اليوم عندهما حالة الانفراد للاستعجال لا للتوقيت، ولهذا صحت [هذه][1] الإجارة عندهما حالة الانفراد، وإن كان ذكر الوقت حالة الانفراد عندهما للاستعجال لا للتوقيت فكان العقد باقيًا في الغد على قولهما بلا شك، فيكون عاملاً بحكم الإجارة فيستحق الأجر، إلا أنه يستحق أجر المثل دون المسمى حتى يدفع ضرر النقصان عن نفسه كذا ههنا.

وأما على قول أبي حنيفة فلقائل أن يقول: بأنه لا أجر له متى عمل في الغد؛ لأن أبا حنيفة - رضي الله عنه - يجعل ذكر اليوم للتوقيت حالة الانفراد، حتى قال بفساد هذه الإجارة؛ لأنه باعتبار هذا التوقيت تكون الإجارة منعقدة على تسليم النفس في المدة، وباعتبار ذكر العمل تكون الإجارة منعقدة على العمل، فيصير المعقود عليه مجهولًا، وإذا ثبت هذا من مذهبه حالة الانفراد فنقول: بأحد الاعتبارين وهو اعتبار العقد على العمل يجب الأجر إذا عمل في الغد، وباعتبار الأجر وهو التوقيت[2] لا يجب الأجر؛ لأنه لم يبق العقد وأنه لم يكن واجبًا فلا يجب بالشك والاحتمال.

ولقائل أن يقول: بأن عليه الأجر؛ لأن العقد ينعقد[3] في اليوم بأي الأمرين اعتبرناه إلا أن بأحد الاعتبارين يبقى في العقد، وباعتبار الآخر لا يبقى، والعقد كان ثابتًا بيقين فلا يرتفع بالشك، وإذا بقي العقد كان عاملاً في الغد بحكم العقد إلا أنه يجب أجر المثل؛ لأن العقد في الغد يبقى بوصف الفساد؛ لأنه يبقى من وجه دون

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: التأقيت.
(٣) في ز: منعقد.

وجه، ومثل هذا يوجب فساد العقد كما في بيع المقايضة[(١)]، إذا هلك أحد البدلين فإنه يبقى العقد ولكن بوصف الفساد كذا هاهنا، فكانت المنافع في الغد مستوفاة بحكم عقد فاسد فيجب أجر المثل.

كتب ابن سماعة إلى محمد - رحمه الله - في رجل استأجر رجلًا على عدل زطي وعدل هروي وقال: احمل أيهما شئت إلى منزلي على أنك إن حملت الزطي فلك أجر درهم، وإن حملت الهروي فلك أجر درهمين، فحملهما إلى منزله: فكتب في الجواب: إن الإجارة جائزة وأيهما حمل أولًا فهو الذي لاقاه الإجارة وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له إن ضاع في قولهم جميعًا؛ وهذا؛ لأن الإجارة وقعت على أحدهما لا بعينه، فإذا حمل أحدهما تعين هو معقودًا عليه وانتهت الإجارة بحمله فكان متطوعًا في حمل الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع في يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن، وإن حملهما جميعًا، فعليه نصف أجر كل واحد منهما، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن ضاعا واعتبر كل واحد منهما معقودًا عليه من وجه دون وجه فينتصف الضمان عنده؛ ألا ترى كيف تنصف الأجر بلا خلاف.

وعلى قولهما: ضمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان في حق كل واحد وهو قبض بغير إذن. وذكر هذه المسألة في موضع آخر ووضعها في الخشبتين على هذه الصورة، وقال: إذا حملهما فله درهمان أوجب أكثر الأجرين بكماله.

* * *

(١) في ز: المقابضة.

الفصل [الحادي والعشرون][(١)]
في الجمع بين الوقت[(٢)] والعمل في عقد الإجارة

قال محمد - رحمه الله -: في الجامع الصغير: رجل استأجر خبازا؛ ليخبز له هذه المخاتيم دقيق هذا اليوم بدرهم، فهو فاسد.

وفي إجارات الأصل عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - أنه جائز.

هما يقولان: تصحيح العقود واجب ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل العقد واقعًا على العمل وهو الخبز، فيكون أجير مشترك؛ وهذا؛ لأنه أوقع العقد على العمل ابتداء.

وقوله: اليوم وإن كان ذكر الوقت إلا أنه يحتمل أنه أراد إيقاع العقد على المنفعة فيكون أجير وحد فيفسد العقد؛ لجهالة المعقود عليه، ويحتمل أنه قصد بذكر الوقت الاستعجال لا إيقاع العقد على المنفعة فيبقى أجيرا مشتركا فيصح العقد فيحمل ذكر الوقت على سبيل الاستعجال تصحيحًا للعقد بقدر الممكن.

وأبو حنيفه - رحمة الله عليه - يقول: المعقود عليه مجهول، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد.

بيانه: أن ذكر الوقت يدل على أن المعقود عليه المنافع؛ إذ الوقت يختص بتقدير المنافع به، وذكر العمل في الابتداء يدل على أن المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن؛ لأن العمل متى صار معقودًا عليه لا يجب الأجر إلا بالعمل، ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الأجر بتسليم النفس، وأغراض الناس مختلفة فجهل المعقود عليه وإنه يوجب فساد العقد.

وقولهما: بأن ذكر الوقت فيه للتعجيل، فيه نظر؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون الغرض هو التعجيل، وقد يكون الغرض العقد على المنفعة، فلا

---

(١) في ز: العشرون.
(٢) في أ: الوقتين.

يترجح أحدهما مع المماثلة في الرغبة من غير دليل.

وفي إجارات الأصل: إذا استأجر من آخر ثورًا[١] يطحن عليه كل يوم عشرين قفيزًا، فهذه الإجارة جائزة، ولم يذكر خلافًا، فمن مشايخنا من قال: هذا الجواب يجب أن يكون قولهما.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ينبغي أن تفسد الإجارة على قياس مسألة الخبز؛ لأنه جمع بين الوقت والفعل في المسألتين فكان المعقود عليه مجهولًا.

ومنهم من قال: لا، بل هذه الإجارة جائزة على قول الكل، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - بين هذه المسألة وبين مسألة الخبز.

والفرق: وهو أن ذكر مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يكون لتعليق العقد بالعمل حتى يصير العمل معقودًا عليه مع الوقت، فيوجب فساد الإجارة للجهالة، وإنما يكون لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله، وإذا كان لهذا ذكر في العرف والعادة بقيت الإجارة على الوقت، فجاز عندهم جميعًا، فأما في الخباز مقدار العمل لا يذكر عرفًا وعادة لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله، وإنما يذكر لتعليق العقد بالعمل وصيرورته معقودًا عليه، فيصير جامعًا بين الوقت والعمل، فيصير المعقود عليه مجهولًا فأوجب فساده، حتى إن في مسألة الخباز لو كان يذكر مقدار العمل لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله، نقول بجواز الإجارة على قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وفي الأصل أيضًا: لو شرط على الخباز أن يخبز له هذه[٢] العشرة المخاتيم دقيق، وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم تجوز هذه الإجارة عندهم جميعًا.

وإن ذكر الوقت والعمل، فأبو حنيفة - رحمه الله - يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى.

والفرق: أن في مسألة الفراغ اليوم ما ذكر مقصودًا، وإنما ذكر لإثبات صفة[٣] في

---

(١) في ز: بعيرًا.
(٢) في ز: بهذه.
(٣) في ز: حقه.

العمل والفراغ منه في اليوم، وصفة العمل تبع للعمل لا يصلح معقودًا عليه مقصودا فكذا ما ذكر لأجله من اليوم لا يصلح معقودا عليه مقصودا فتعين العمل معقودا عليه، فجاز.

بمنزلة ما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز، فإن الكتابة والخبازة(١) لا تجعل معقودًا عليه مقصودًا حتى لا يكون بإزائها ثمن؛ لأنها ذكرت صفة للعبد، فكانت تبعًا فكذا هاهنا، فأما في تلك المسألة اليوم لا يذكر صفة [في العمل](٢) فكان مذكورًا مقصودًا كالعمل، وقد أضيف العقد إليهما إضافة على السواء، وليس أحدهما بأن يجعل معقودًا عليه بأولى من الآخر فيصير المعقود عليه مجهولًا.

قال في الأصل [أيضًا](٣): وإذا دفع الرجل عبده إلى حائك يعلمه النسيج وشرط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر بكذا وكذا، فهذا لا يجوز؛ لأن التحذيق ليس في وسعه؛ وكان ينبغي أن يجوز هذا العقد على قولهما، وإن لم يكن التحذيق في وسعه؛ لأن العقد وقع على المدة، كما لو استأجره يومًا ليبيع ويشتري، فإنه يجوز وإن لم يكن ذلك في وسعه؛ لأن العقد وقع على المدة.

فالجواب - وهو الأصل في جنس هذه المسائل-: أن العقد على المدة، إنما يصح عندهما إذا ذكر مع المدة نوعًا من العمل معلومًا في نفسه كما في البيع والشراء، فإنه معلوم في نفسه إلا أنه من غير ذكر المدة لا يجوز العقد؛ لأن من غير ذكر المدة العقد يقع على العمل، والعمل ليس في وسعه، وإذا ذكر المدة، فالعقد يقع على تسليم النفس في المدة لهذا العمل، وذلك في وسعه.

قلنا: والتحذيق ليس بمعلوم في نفسه؛ إذ ليس له حد يعرف به [لا للأقصى ولا للأدنى](٤) وإذا لم يكن معلومًا في نفسه صار ذكره والعدم بمنزلة، ولو انعدم ذكر

---

(١) في ز: والخبز.
(٢) في ز: للعمل.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: الأقصى ولا الأدنى.

العمل أليس أنه لا تجوز الإجارة.

ولكن هذا الأصل على قولهما ينتقض بمسألة البناء التي تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى في بيان أصل أبي حنيفة.

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله: أنه متى جمع بين الوقت وبين العمل في عقد الإجارة إنما يفسد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه يصلح معقودًا عليه حالة الانفراد الوقت والعمل، أما إذا ذكر العمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه، لا يفسد العقد.

بيانه ما[١] ذكر في آخر باب إجارة[٢] البناء: إذا تكارى رجل رجلًا يومًا إلى الليل ليبني له بالجص والآجر، جاز بلا خلاف، وإن جمع بين الوقت والعمل؛ لأنه ما ذكر العمل على وجه يجوز إفراده بالعقد عليه، فإن لم يبين مقداره، وما لم يكن مقدار العمل معلومًا لا يجوز إفراد العقد عليه، [فالعقد انعقد على المدة، فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه][٣]، بأن بين مقدار البناء لا تجوز الإجارة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

استأجر رجلًا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزًا إلى الليل، فهو فاسد، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، وهذا الجواب مستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه جمع بين الوقت وبين العمل وكل واحد منهما يصلح معقودًا عليه حالة الانفراد، مشكل على قولهما، فقد ذكرنا قبل هذا من جنس هذه المسائل أن على قولهما العقد جائز.

فمن مشايخنا من قال: بهذه المسألة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة؛ إذ لا يتضح الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل.

ومنهم من قال: ما ذكر في هذه المسألة قياس قولهما، وما ذكر فيما تقدم

---

(١) في ز: فيما.
(٢) في ز: إجازات.
(٣) سقط في ز.

استحسان على قولهما؛ إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل والله أعلم.

قال محمد - رحمه الله - في إملائه: قال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا اكترى إبلاً إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل بعير[١] بعشرة دنانير، ولم يزد على هذا فالإجارة جائزة، فإن وفى بالشرط أخذ الأجر الذي شرط له، وإن لم يف بالشرط فله أجر مثله لا يزاد على ما شرط له، وهو قول أبي يوسف [ومحمد][٢].

في الرجل يستأجر الدابة إلى الكوفة أيامًا مسماة، أو قال: استأجرتك اليوم لتخيط هذا القميص، فالعقد فاسد، فرواية أبي يوسف عن أبي حنيفة تخالف رواية محمد - رحمه الله - [عنه][٣].

قال الكرخي: وليس في المسألتين [اختلاف الرواية، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع؛ موضوع رواية محمد - رحمه الله -][٤] أنه ابتدأ[٥] بذكر العمل والمسير فيكون المقصود هو العمل وذكر المدة بعد ذلك للاستعجال، فكان المعقود عليه معلومًا وهو العمل، فيجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فبعد ذلك إذا عجل فقد وفى بالشرط فاستحق المسمى، وإذا لم يعجل فلم يف بالشرط فيجب أجر المثل.

وموضوع رواية أبي يوسف - رحمه الله - أنه ذكر المدة أولًا فعلم أن المدة مقصودة بالعقد، وذكر العمل وإنه يصلح مقصودًا أيضًا فكان المعقود عليه مجهولًا عند أبي حنيفة؛ فلم يجز.

وقد ذكرنا في أول هذا الفصل مسألة الجامع الصغير: وهي ما إذا استأجر خبازًا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم دقيق هذا اليوم أنه فاسد على قوله، وإن ابتدأ بذكر

---

(١) في أ: قفيز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: يبدأ.

العمل، فعلم أن ما ذكره الكرخي ليس بصحيح، وأن في المسألة روايتين على قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقد قيل: الفتوى على قول أبي حنيفة على الفساد سواء ابتدأ بذكر المدة أو بذكر العمل إذا لم يتم العقد على المذكور أولًا، بأن لم يذكر الأجر معه، فأما إذا تم العقد على المذكور أولًا بأن ذكر الأجر معه، ثم ذكر الثاني لا يفسد العقد عند أبي حنيفة سواء ابتدأ بذكر العمل أو بذكر المدة.

وصورة ذلك: إذا قال للخباز: استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي كذا، أو قال: استأجرتك على أن تخبز كذا بدرهم اليوم، فهذه الإجارة جائزة عند أبي حنيفة - رحمه الله - في الوجهين.

ولو قال: استأجرتك اليوم على أن تخبز لي كذا بدرهم، أو قال: استأجرتك على أن تخبز اليوم كذا بدرهم، فهذه الإجارة عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا تجوز في الوجهين جميعًا؛ وهذا؛ لأنه إذا لم يذكر الأجر مع الأول وإنما ذكر الأجر بعد ذكرهما فقد قابل الأجر بشيئين كل واحد منهما يصلح أن يكون معقودًا عليه وليس أحدهما بأولى[١] من الآخر، فكان المعقود عليه مجهولًا يفسد[٢] العقد عنده، وأما إذا ذكر الأجر مع الأول، فقد تم العقد وتعين الأول مرادًا من العقد بتمام العقد، فالثاني لا يصلح من [إجماله، ويكون][٣] ذكر الثاني إما لتعيين العمل أو للتعجيل، فلا يفسد العقد عنده.

وروى محمد عن أبي حنيفة - رحمهما الله -: [أنه][٤] إذا قال: في اليوم، تجوز كيف ما كان، بخلاف ما إذا قال: اليوم، وهذا؛ لأن بقوله: في اليوم، يظهر أن مراده من ذكر المدة للاستعجال؛ لأن (في) للظرف والمظروف قد يشغل جزءًا من

---

(١) في ز: أولى.
(٢) في ز: ففسد.
(٣) في ز: احتماله. فيكون.
(٤) سقط في ز.

الظرف[1] لا جميعه، فلم يصلح ذكر اليوم مع حرف في تقدير العمل به.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا تقبل الرجل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى موضع إلى اثني عشر يومًا [بكذا][2]، فلم يحمله في اثني عشر بل حمله في أكثر من ذلك: لا[3] يلزمه الأجر، كمن استأجر رجلاً على أن يخيط ثوبه في يومه بدرهم فخاطه في اليومين، وهذا الجواب مستقيم على قول أبي حنيفة غير مستقيم على قولهما؛ لأن من أصلهما: أن العقد في مثل هذا يقع على العمل دون الوقت.

* * *

(١) في ز: المظروف.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ز: فلا.

الفصل الثاني[1] والعشرون
في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر وفي الدعاوى والخصومات وإقامة البينات

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر في البدل أو في المبدل:

قال محمد - رحمه الله - وإذا اختلف الشاهد في مقدار الأجر، فهو على وجهين: إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد؛ بأن وقع هذا الاختلاف قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة، سواء كان المدعي يدعي أقل المالين، أو يدعي أكثر المالين [و][2] إن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين دون العقد؛ بأن وقع هذا الاختلاف بعد استيفاء المعقود عليه، إن كان المدعي يدعي أقل المالين، لا تقبل الشهادة عندهم بالإجماع، وإن كان يدعي أكثر المالين فإن اتفق الشاهد على الأول لفظًا؛ بأن شهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف، والمدعي يدعي الألف والخمسمائة تقبل الشهادة على الأقل بالإجماع، وإن لم يتفقا لفظًا بأن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، والمدعي يدعي الألفين لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة - رحمه الله - أصلاً.

وعندهما: تقبل على الأقل[3]، وستأتي هذه المسألة مع أجناسها في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

ولو أن رجلاً ادعى قبل رجل أنه اكترى دابتين بأعيانهما بعشر دراهم إلى بغداد، وأقام على ذلك البينة، وأقام رب الدابتين أنه أكراه إحداهما بعينها إلى بغداد بعشرة دراهم، كان أبو حنيفة [يقول أولًا][4] بأنه يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بخمسة

---

(١) في ز: الحادي.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: الأول.
(٤) في ز: أولا يقول.

عشر درهمًا إذا كان أجر مثلهما على السواء، وهو قول زفر رحمه الله.

ثم رجع وقال: يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بعشرة دراهم، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعى صاحب الدابة أنه أجره إلى العراق أو إلى هراة وهي المنتصف بعشرة، وقال المستأجر: لا، بل استأجرته إلى بغداد بخمسة [عشر][١]، كان يقول أولًا: يقضى إلى بغداد باثني عشر ونصف، وهو قول زفر - رحمه الله - ثم رجع وقال: يقضى بعشرة دراهم إلى بغداد، وهو قول أبي يوسف ومحمد، - رحمهما الله - فكذلك هذا[٢] الذي ذكرنا إذا اتفقا على جنس الأجر، وأما إذا اختلفا في جنس الأجر بأن قال صاحب الدابة: أكريتك إحداهما إلى بغداد بدينار، وأقام البينة على ذلك، وأقام المكتري البينة على ذلك أنه استكراهما جميعًا إلى بغداد بعشرة دراهم، فإنه يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بدينار وخمسة دراهم إذا كان أجر مثلهما على السواء.

ووجه الفرق بينهما: أن في المسألة الأولى أمكننا رد بينة صاحب الدابة؛ لأنه يثبت بينة ما هو ثابت له بإقرار المستكري وهي عشرة، وبينة المستأجر قامت على إثبات إجارة أخرى ولم يثبت له ذلك بإقرار صاحب الدابة، فأما إذا اختلفا في جنس الأجر فلا بد من قبول بينة كل واحد منهما؛ لأن بينة كل واحد منهما تثبت بما هو غير ثابت بإقرار صاحبه؛ لأن صاحب الدابة أثبت إجارة دابة أخرى بدينار، فلا بد من قبولها؛ لأن الدينار غير ثابت له بإقرار المستكري، والمستكري تثبت بينته إجارة دابتين ولم يثبت له ما ادعى بإقرار صاحب الدابة فلا بد من قبولها[٣]، وإذا وجب قبول بينة كل واحد منهما يثبت إجارة الدابتين بدينار وخمسة عشر درهمًا إن كان أجر مثلهما على السواء.

---

(١) سقط في ز.
(٢) زاد في ز: هو.
(٣) في ز: قبولهما.

وإذا قال المؤاجر: أنا أجرتك الدابة إلى هذا الموضع، وقال الراكب: لا، بل أعرتني الدابة، وجاوز الموضع فهلكت، فإنه يضمن؛ لأن الإذن إنما يستفاد من جهة المؤاجر، فيكون القول قوله في مقدار ذلك وقد أنكر الإذن فيما وراء ذلك الموضع الذي ذكره فجعل ركوبه بغير عقد، فلا أجر عليه؛ لأن صاحب الدابة يدعي عليه أجرًا وهو ينكر فيكون القول قوله.

ولو ركب رجل دابة إلى بغداد فقال الراكب: أعرتنيها، وقال رب الدابة: أجرتها منك بكذا، فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه إن هلكت الدابة من ركوبه؛ لأنهما اتفقا أن الركوب كان بإذن.

في نوادر هشام عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع ثوبًا إلى خياط ثم قال رب الثوب: [أنا][(١)] أعطيتك الثوب على أن أجره درهم، وقال الخياط: لم تسم أجرًا، فالقول قول رب الثوب، ولو قال رب الثوب: لم أسم لك أجرًا وقد أخذته على سبيل الأجر، وقال الخياط: سميت لي درهمًا، فإنه يحلف رب الثوب وله أجر مثله؛ لأن الاختلاف على هذا الوجه إنما يقع إذا كان بين التسمية وبين أجر المثل تفاوتًا، فالخياط في المسألتين يدعي زيادة ورب الثوب [ينكر، فالقول قول المنكر مع يمينه.

ثم إذا حلف رب الثوب][(٢)] يقضى للعامل بأجر المثل؛ لاتفاقهما على الشرط الذي يقوم مقام العقد في حق تقوم المنافع بأجر المثل.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: ولو أن رجلًا أسلم ثوبًا إلى صباغ يصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلفا في الأجر بعد الفراغ من[(٣)] العمل فقال الصباغ: عملته بدرهم، وقال رب الثوب: بل عملت لي بدانقين، فإن قامت لهما

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: عن.

بينة يؤخذ ببينة الصباغ؛ لأن الصباغ تثبت بينته زيادة، وإن لم يقم لأحدهما بينة ذكر أنه يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل القول قول من شهد له قيمة الصبغ، فإن كان قيمة الصبغ درهمًا أو أكثر فالقول قول الصباغ مع يمينه بالله ما صبغته بدانقين، فإن كان قيمة ما زاد الصبغ دانقين أو أقل فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه بالله ما شرطت له درهمًا.

فرق بين هذا وبين المتبايعين إذا اختلفا في مقدار السلم، قال: يتحالفان ولا يحكم فيه المبيع حتى يجعل القول قول من يشهد له قيمة المبيع، وههنا [قال: يحكم](١) قيمة ما زاد الصبغ فيه.

ووجه الفرق بينهما: أن تحكيم قيمة المبيع لا يفيد ثمرته في بيع العين؛ لأن ثمرة تحكيم القيمة أن يجعل موجب العقد قيمة المعقود عليه حال اختلافهما في مقدار البدل كما أنهما اتفقا على أن موجب العقد ذلك، إلا أنهما اختلفا فيما يغير هذا الموجب إما إلى زيادة أو إلى نقصان، ولا يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الثمن؛ لأن سبب وجوب القيمة لم يوجد في بيع العين؛ لأن سبب وجوبها القبض بحكم عقد فاسد والغصب، وقد اتفقا على انتفاء الغصب والعقد الفاسد حين اتفقا على عقد جائز، وإذا لم يوجد سبب وجوب القيمة، لم يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب البيع حال اختلافهما في مقدار الثمن، وإذا لم يمكن إثبات موجب آخر حال اختلافهما في موجب العقد، تحالفا إذ الفسخ ممكن، فأما فيما نحن فيه حال اختلافهما في مقدار الأجر أمكننا أن نجعل قيمة الصبغ موجب العقد؛ لأن سبب وجوب قيمة ما زاد فيه الصبغ على صاحب الثوب، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، كأنهما تصادقا على ذلك، ثم اختلفا فيما يغير موجب العقد إما إلى زيادة أو نقصان، فإن كانت قيمة ما زاد الصبغ فيه درهمًا فكأنهما اتفقا على أن موجب هذه الإجارة كان درهمًا إلا أن صاحب

(١) في ز: يحكم قال.

الثوب يدعي البراءة عما زاد على دانقين والصباغ ينكر، ولو كان كذلك كان القول قول الصباغ مع يمينه، ولا يتحالفان كما في بيع العين إذا اتفقا على أن الثمن كان ألفا إلا أن المشتري إذا ادعى براءة خمسمائة عن الثمن، والبائع ادعى على المشتري زيادة خمسمائة على الألف، وأنكر المشتري، ولو كان كذلك تحالفا وترادا، وإن كان رد المعقود عليه متعذرًا فكذلك هذا، بخلاف ما إذا شهد لأحدهما فإنهما يتحالفان؛ لأنا نجعل قدر قيمة الصبغ موجب العقد كأنهما تصادقا أن العقد انعقد بذلك، إلا أن الذي يدعي النقصان عن قيمة الصبغ بعد ذلك ادعى الزيادة على ذلك المقدار، وادعى البراءة عن ذلك، ولو كان كذلك لا يتحالفان، أما هاهنا بخلافه.

ثم إذا حلفا لم تثبت الزيادة التي ادعاها الصباغ ولا تثبت البراءة التي ادعاها صاحب العقد، فوجب القضاء بنصف درهم؛ لأنه موجب العقد في هذه الحالة كأنهما اتفقا على ذلك، وكان الجواب فيه كالجواب في مسألة النكاح، إذا اختلف الزوجان في مقدار المسمى أنه كان ألفا أو ألفان فإنه يحكم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد؛ لأن للنكاح موجبًا معلومًا، ولو وقع النكاح بغير تسمية، وهو مهر المثل فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار المهر؛ كأنهما اتفقا على ذلك إلا أن مهر المثل إن كان يشهد لواحد منهما فالزوج بدعوى الألف يدعي البراءة على الألف والزوج ينكر، وإن كان لا يشهد لواحد منهما بأن كان ألفا وخمسمائة فإنهما يتحالفان؛ لأنا نجعل ألفا وخمسمائة موجب العقد؛ لأنهما اتفقا على ذلك إلا أن الزوج ادعى البراءة عن خمسمائة والمرأة تنكر، والمرأة تدعي الزيادة خمسمائة على الزوج، والزوج ينكر، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن كان الفسخ متعذرًا فكذلك هذا.

وكذلك إذا كان الصبغ زعفرانا فهو مثل العصفر؛ لأنه يوجب زيادة في الثوب، وإن كان الصبغ أسود، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله [فالجواب فيه كالجواب في العصفر والزعفران؛ لأن للسواد موجبًا معلومًا على قولهما لو حصل بغير عقد، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر كأنهما اتفقا على ذلك ثم اختلفا فيما يغيره إما إلى زيادة أو إلى نقصان كما في الحمرة.

فأما على قول أبي حنيفة: ليس لهذا الصبغ موجب معلوم لو حصل بغير عقد فإن صاحب الثوب لا يضمن شيئًا، وإذا لم يمكن أن يجعل شيء آخر موجب العقد غير المسمى اعتبرنا اختلافهما في مقدار المسمى، والاختلاف بين المتعاقدين متى وقع في مقدار المسمى وفسخ العقد متعذر فعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل القول قول المنكر للزيادة كما في بيع العين بعد الهلاك، وكما لو وقع الاختلاف في مقدار الأجر للأعمال التي ليس لها موجب معلوم لو حصل بغير عقد عند الكل كما في الحمل والقصارة ويجعل القول قول المنكر للزيادة ولا يتحالفان متى اختلفا [في حال ما لا يمكن فسخ العقد فكذلك ها هنا.

هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر. فأما إذا اختلفا][١] في أصل الأجر في السواد فقال صاحب الثوب: عملته لي بغير أجر، وقال الصباغ: لا بل عملته بأجر، ذكر أن القول قول صاحب الثوب مع يمينه، ولا يتحالفان عند أبي حنيفة - رحمه الله - وكان يجب أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد، ادعى أحدهما الهبة والآخر البيع فيجب أن يتحالفا عندهم[٢] وإن كان فسخ العقد متعذرًا كما في صبغ يوجب الزيادة.

وكما في [بيع][٣] العين إذا اختلفا في نوع العقد بعد الهلاك إلا[٤] أن الجواب عنه

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: جميعا.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: لا.

أن الاختلاف في نوع العقد بعد القبض إنما يوجب التحالف إذا كان إيجاب التحالف يفيد ثمرته، وهو التراد كما في صبغ يوجب الزيادة وكما في بيع العين فإنهما متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين، فإنه يجب رد العين إن كان قائمًا، ورد القيمة إن[١] كان هالكًا، فكان التحالف مفيدًا ثمرته أما هاهنا التحالف لا يفيد ثمرته فإن ثمرته التراد، ولا يجب التراد متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يجب [رد][٢] العمل؛ لأنه غير ممكن، ولا رد القيمة؛ لأن مجرد العمل لا يتقوم بغير عقد، وههنا يصير [بغير عقد][٣] متى حلفا، فلهذا لم يجب التحالف وإذا لم يجب التحالف، جعلنا القول قول رب الثوب؛ لأنه ينكر الأجر ويقوم عمله.

وكان الجواب في هذه المسألة عند أبي حنيفة كالجواب عند الكل فيما إذا اختلفا في نوع العقد في مسألة الحمل والقصارة، وثمة لا يتحالفان عندهم جميعًا، وعندهما يتحالفان ومتى حلفا يجب على رب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيفيد التحالف ثمرته وهو التراد عندهما فيتحالفان عندهما كما في بيع عين[٤] بعد الهلاك عند الكل.

قال: ولو أن رجلاً اختلف هو[٥] والقصار في أجر ثوب، فقال: القصار: عملته بربع درهم، وقال رب الثوب: عملته بقيراط، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل أو بعد الفراغ من العمل، فإن][٦] اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل أو بعد الفراغ عن العمل، فإن اختلفا في مقدار

(١) في ز: إذا.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: عقدا.
(٤) في ز: العين.
(٥) في ز: مع.
(٦) ما بين المعقوفين يوجد فراغ في أ.

الأجر قبل الشروع في العمل فإنهما يتحالفان ويترادان، وهكذا الجواب فيما تقدم من المسائل لو اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل، تحالفا وترادا وذلك؛ لأن الإجارة نوع بيع فيعتبر بيع العين؛ ولهذا لا يثبت الحيوان دينًا في الذمة في الإجارة كما في بيع العين[(١)]، لو اختلفا في مقدار البدل حال إمكان الفسخ يتحالفان ويترادان فكذلك هذا.

فأما إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد الفراغ من العمل، ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه، ولم يحكم قيمة ما زادت القصارة فيها.

فرق بين هذا وبين مسألة الصباغ إذا صبغه بعصفر أو بزعفران، ثم اختلفا في مقدار الأجر فإنه يضمن ما زاد الصبغ فيه حكما حال اختلافهما في مقدار الأجر ممكن؛ لأن لاتصال هذا الصبغ بثوبه موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل من غير عقد، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية كأنهما تصادقا على ذلك، ثم ادعى أحدهما ما يغيره إما إلى زيادة أو نقصان، وليس لاتصال القصارة بثوب غيره موجب معلوم لو حصل بغير عقد، فإن من قصر ثوب إنسان بغير عقد، فإنه لا يضمن صاحب الثوب شيئًا إن قصر من غير مال فلا إشكال فيه؛ لأن المتصل بثوبه مجرد عمل، ومجرد العمل يتقوم من غير عقد، ولا[(٢)] شبهة عقد، وإن قصر بمال اتصل من بياض البيض وغيره [فكذلك][(٣)]؛ لأن ما اتصل بثوبه ليس عين مال قائم لا في الحال ولا في الثاني، في الحال فلا إشكال؛ لأن المتصل بالثوب أثر مال لا غير، وكذلك في الثاني إذا فصل عن الثوب ما اتصل به من بياض البيض وغيره بالغسل لا يكون المتصل في نفسه مالًا متقومًا، وإذا لم يكن المتصل بالثوب عين مال قائم، لم يجب على صاحب الثوب

---

(١) زاد في ز: وفي بيع العين.
(٢) في أ: فلا.
(٣) سقط في ز.

شيء متى حصل بغير[1] عقد بخلاف الصبغ؛ لأن ما اتصل بالثوب من الصبغ عين مال.

ألا ترى أنه لو فصل عن الثوب كأن يكون مالًا متقومًا [بالثوب الصبغ][2]؛ لأنه يصلح لصباغة ثوب آخر، وعين المال القائم متقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، وإذا لم يكن للقصارة موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل بغير عقد، لم يمكن أن يجعل ذلك موجبا للعقد حال اختلافهما في مقدار المسمى حتى يجعل كأنهما اتفقا عليه ثم ادعى أحدهما ما يغيره إما إلى زيادة أو [إلى][3] نقصان.

وإذا لم يمكن إثبات شيء آخر سوى المسمّى يوجب العقد وجب اعتبار اختلافهما في المسمى، والاختلاف متى وقع في مقدار المسمى حال ما لا يمكن الفسخ فإنه يجعل القول قول المنكر للزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ولا يتحالفان كما في بيع العين.

فأما على قول محمد - رحمه الله -: هل يتحالفان؟ لم يذكر هذا في الكتاب، ومشايخنا في ذلك مختلفون، فمن مشايخنا من قال: يتحالفان على قول محمد رحمه الله على قيمة العمل، وهو أجر المثل، وما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

ومنهم من قال: على قول محمد: لا يتحالفان في باب الإجارة بعد الفراغ من العمل، وظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على هذا فإنه لم يذكر خلافًا، وإنما اختلفوا على قوله لاختلافهم في نكتة محمد - رحمه الله - في بيع العين إذا اختلفا في البيع بعد هلاك السلعة بأي سبب تجب القيمة على المشتري؟ عند بعضهم إنما تجب القيمة حكمًا لفساد العقد؛ لأنهما اتفقا على العقد واختلفا في التسمية.

---

(١) في ز: في غير.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

وإذا تحالفا لم يثبت واحد من المسميين، فكأنه باع ولم يسم الثمن، ولو باع ولم يسم الثمن، كان [البيع][١] فاسدًا فيجب رد العين إذا كان العين قائما ورد القيمة إذا كان هالكًا، فمن قال: نكتته في تلك المسألة هذا، قال: يجب هاهنا أن يتحالفا؛ لأن التسمية إذا لم تثبت تفسد الإجارة كأنه استأجره ولم يسم له أجرًا، فيجب رد أجر المثل بعد استيفاء العمل فيكون التحالف مفيدًا على قول محمد - رحمه الله - فيتحالفان عنده أيضًا.

ومنهم من قال: نكتته في تلك المسألة أن القاضي يفسخ العقد بعد التحالف متى طلبا أو طلب أحدهما فيجب على قابض العين رد العين إذا كان قائمًا، ورد القيمة إن كان هالكًا بسبب انفساخ العقد، أو؛ لأنه لما لم يثبت واحد من العقدين لما حلفا و[٢] العين في يده بغير عقد إلا أن العين متقوم بعقد وبغير عقد، فمن قال بأن نكتته هذه في تلك المسألة يقول: هاهنا لا يتحالفان؛ لأن القاضي إما أن يفسخ الإجارة أو لا يقضي بواحد من العقدين متى حلفا، ومتى فسخ الإجارة أو لم يقض بواحد من العقدين فإنه لا يجب رد القيمة؛ لأن العمل يبقي بغير عقد، والعمل لا يتقوم بغير عقد، وإذا لم تجب القيمة لم يجب التحالف؛ لأن ثمرته التراد إما رد العين أو رد القيمة حتى يصل كل واحد منهما إلى رأس ماله، فيجيء حق كل واحد منهما وها هنا يبطل حق القصار أصلاً، وهذا لا وجه له، إنما ذكر اختلاف المشايخ على قول محمد - رحمه الله - في مسألة القصارة ولم يذكره في الصبغ وذلك؛ لأن اختلاف المتعاقدين في الصبغ ليس في موجب العقد، بل فيما يغير موجب العقد، لما ذكرنا أن موجب العقد في باب الصبغ حال اختلافهما في مقدار التسمية ما يكون موجبا للصبغ لو حصل بغير عقد كأنهما اتفقا[٣] أن العقد على ذلك، ثم اختلفا فيما يغيره

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: في.
(٣) زاد في ز: على.

إلى زيادة أو [إلى][١] نقصان، ومثل هذا الاختلاف في بيع العين لا يوجب التحالف متى لم توجد الدعوى والإنكار من الجانبين، وفي فصل القصارة الاختلاف وقع في موجب العقد لا في المغير؛ إذ ليس ها هنا موجب آخر سوى التسمية، والاختلاف متى وقع في مقدار المسمى، فإنه يجب التحالف، إذا أمكن رد المعقود عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أو رد قيمته عند محمد.

كيف يقال للقصارة موجب، والقصار متى قصر الثوب، فإن له أن يحبس الثوب بالأجر كما في الصباغ، فإذا لحقت القصارة في حق الحبس بالصبغ، فكذا في حق أن يجعل له موجب حال اختلافهما في مقدار التسمية يجب أن يلحق بالصبغ؟ والجواب عنه من وجهين:

الأول: أن يقال: بأن القصارة إنما لحقت بالصبغ في حق الحبس؛ لأن الحبس إنما يكون حال قيام العقد والقصارة متقومة حال قيام العقد، فإذا كان له أثر في الثوب وهو متقوم حال قيام العقد كان الأجر مقابلاً به فكان له الحبس بالأجر كما في الثوب المصبوغ، فأما في غير حالة العقد فلا قيمة له لما ذكرنا، وإنما يجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار التسمية[٢] ما يجب في غير حالة العقد موجبا لم يمكن تحكيمه وجعله موجبا للعقد حال اختلافهما في مقدار الأجر فوجب اعتبار اختلافهما في مقدار المسمى.

والثاني: [أن][٣] القصار يشبه الحمال والمكاري من حيث إنه ليس في الثوب عين مال قائم، ويشبه الصباغ من حيث إن له عملا وأثر مال فوفرنا على الشبهين حظهما، فألحقناه بالحمال والمكاري، في حق التحالف فلم يجب[٤] التحالف كما في المكاري والحمال، وجعلنا القول قول صاحب المال، وفي حق الجنس ألحقناه

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: القيمة.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: يوجب.

بالصباغ توفيرًا على الشبهين حظهما، هذا إذا اختلفا في جنس الأجر أنه دراهم أو دنانير، أو صفته أنه جيد أو رديء يتحالفان إذا كان الاختلاف قبل الشروع في العمل.

وإن كانت الأجرة عينًا إن[١] اختلفا في جنسه أو قدره يتحالفان، ولو اختلفا في صفته لا يتحالفان والقول قول المستأجر بخلاف ما إذا كانت الأجرة دينًا.

وقد ذكرنا الفرق في كتاب البيوع بين ما إذا اختلفا في صفة الثمن وهو دين وبين ما إذا اختلفا في صفته وهو عين فهذا بناء على ذلك.

وإذا اختلفا في مقدار البدل وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة تحالفا كما في بيع العين، فبعد ذلك إن كان الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر، وإن كان الخلاف في المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر؛ وهذا؛ لأن اليمين حجة المنكر فمن كان أثبتهما إنكارًا يبدأ بيمينه، وأيهما نكل عن يمينه لزمه دعوى صاحبه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر إن كان الخلاف في الأجرة، وإن كان الخلاف في المنفعة فالبينة بينة المستأجر؛ لأن البينات شرعت للإثبات فما كان أكثر إثباتًا كانت أولى بالقبول.

ولو ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحقه من المنفعة، فالأمر في التحالف على ما بينا، وإن أقاما البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذي يستحقه، نحو أن يدعي الآجر شهرًا بعشرة، والمستأجر شهرين بخمسة، وأقاما البينة يقضى بشهرين؛ لأن بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فتقبل بينة كل واحد منهما على تلك الزيادة، فإن لم يكن لواحد منهما بينة، وقد استوفى بعض المنفعة فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي؛ لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في حق كل جزء من المنفعة كأن العقد انفرد فيه.

وإن اختلفا في الأجرة نوعين: إن ادعى أحدهما دراهم والآخر دنانير فالأمر في

---

(١) في ز: إذا.

التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة على ما بينا، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الآجر؛ لأن الآجر يثبت حقًا له، فكان هو أشبه بالمدعين فتكون بينته أولى بالقبول، وإن اختلفا في المدة مع ذلك، أو في المسافة بأن قال المؤاجر: أجرتك إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: بل إلى الكوفة بعشرة دراهم، وأقاما البينة فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لأنهما اختلفا في الأجرة إلى القصر، فكانت بينه الآجر أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا فقضينا إلى القصر بدينار، ثم المستأجر يدعي من القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم والآجر منكر أصل العقد فكانت بينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت الإجارة.



نوع آخر: إذا قال للحمال: احمل هذا إلى بيتي، أو قال للخياط: إن كان الخياط معروفًا أنه يخيط بأجر، والحمال معروفا أنه يحمل بأجر، [كذلك][١] يجب الأجر وإلا فلا. في خلع الطلاق في شرح الكافي.

دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره، ولم يذكر له أجرا، لم يذكر جوابها في الأصل، وفي غير رواية الأصول فيها ثلاثة أقوال: على قول أبي حنيفة - رحمه الله - هو متبرع.

وعلى قول أبي يوسف كذلك، إلا أن يكون خليطه، وهو أن يكون يدفع إليه ثيابه[٢] للقصارة بالأجر عادة.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: إن اتخذ دكانًا وانتصب لعمل القصارة بالأجر، يجب الأجر، وإلا فلا.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: وعليه الفتوى.

وفي باب الأجر من صرف الكافي: القول قول المنكر للإجارة؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، بخلاف ما لو دفع إلى آخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع: قرض، وقال الآجر: هبة؛ لأن العين متقوم بنفسه فالآجر يدعي الإبراء عن قيمته.

وفي نكاح النوازل: [إذا][٣] دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره ولم يذكر الأجر، يحمل على الإجارة لمكان العرف[٤].

وفي إجارات المنتقى: سئل محمد - رحمه الله -: عن قصار دفع إليه ثوب فقصره وقال: قصرته بغير أجر وضاع[٥]، قال: أما في قولي إذا كان قصارًا نصب نفسه للقصارة، لم أصدقه وأضمنه كما لا أصدق رب الثوب في هذه الصورة إذا قال للقصار: قصرت لي مجانًا. وقال القصّار: قصرته بأجر.

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: ثوبا.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: التعارض.
(٥) في ز: فضاع.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: القول قول القصار، كما أن عنده القول قول رب الثوب إذا قال: قصرته بغير أجر.

وفيه: هشام عن أبي يوسف: دفع إلى خياط ثوبا ثم إن صاحب الثوب قال: دفعته على أن أجره درهم، وقال الخياط: لم تسم لي أجرا، فالقول قول رب الثوب، ولو قال: لم أسم لك أجرا وقد أخذته على سبيل الأجر، وقال الخياط: سميت لي، يحلف رب الثوب، وللعامل أجر مثل عمله.

❊ ❊ ❊

نوع آخر: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره له بدرهم فقال القصار: هذا ثوبك وقد قصرته بدرهم كما أمرتني، وقال دافع الثوب: ليس هذا ثوبي، وثوبي غير هذا، فالقول قول القصار أن هذا ثوبه، ولا يضمن بقول الدافع، والقول قول دافع الثوب فيما ادعى عليه القصار ولا أجر للقصار، أما القول قول القصار في أن هذا ثوبه؛ لأن هذا الاختلاف في تعيين المقبوض، ولا أجر للقصار؛ لأن الأجر إنما يستحق بإقامة العمل في المحل المأذون فيه وقد اختلفا فيه، وإن قال رب الثوب: هذا ثوبي ولم آمرك أن تقصره، والذي دفعت إليك لتقصره غير هذا، فإنه يأخذ هذا الثوب ولا أجر عليه.

قال: ولو كان هذا في القطع والخياطة لم يأخذه ولكنه يضمن الخياط قيمته ويتركه على الخياط إن شاء، ولم يثبت مثل هذا الخيار في فصل القصار؛ لأن الخياط وجد منه نوع استهلاك، والقصار لم يوجد منه الاستهلاك أصلاً.

هشام قال: سألت محمدًا عن رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره له بدرهم، فأعطاه القصار ثوبًا وقال: هذا ثوبك، وقال رب الثوب: هذا ثوبي، فأخذه رب الثوب: ويراه عوضًا عن ثوبه، قال: لا يسعه لبسه أو قال: بيعه إلا أن يقول رب الثوب للقصار: أخذته عوضًا عن ثوبي، فيقول القصار: نعم؛ لأن عند ذلك ينعقد بينهما مبادلة ويصير هذا الثوب ملكًا للدافع بالمبادلة.

هشام قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن القصار ومن في معناه إذا دفع إليهم الشيء بأجر إن ادعى رد ذلك الشيء على الدافع، لا يصدق عليه إلا ببينة، وكذلك الأجير المشترك في رعي البقر والغنم، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد - رحمه الله - ومن يرى أن يد الأجير المشترك يد ضمان، أما من يرى أن يده يد أمانة وهو أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: يقبل[١] قوله كما في المودع، وكذلك إن[٢] ادعى

---

(١) في ز: القول.
(٢) في ز: إذا.

الموت كان كما إذا ادعى الرد ولو تكارى رجلا ليحمل [له](١) مملوكًا، ثم ادعى أنه مات، صدق من غير بينة، وليس ولد آدم كالبهائم.

رجل يبيع شيئًا في السوق فاستعان بواحد من أهل السوق على بيعه، فأعانه رجل منهم، ثم طلب الأجر، فإن العبرة في ذلك لعادة أهل السوق، فإن كان عادتهم أنهم يعملون بأجر، يجب أجر المثل، وإن كان عادتهم أنهم يعملون بغير أجر، فلا شيء له.

وإذا قال لخياط: خط هذا الثوب حتى أعطيك أجرك، فقال الخياط: لا أريد الأجر، ثم خاطه قال: لا أجر له.

قال: وإذا اختلف الخياط ورب الثوب، فالقول قول رب الثوب؛ لأن الإذن من قبله يستفاد فكان القول(٢) قوله فيما أذن فيه، قال: والخياط ضامن.

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط، ولا ضمان عليه؛ وإنما ينفيه(٣) رب الثوب؛ [لأنه](٤) ما أقر بحصول الإذن إلا على ذلك الوصف.

فإن أنكر الإذن أصلاً كان القول قوله، وإذا أنكر الإذن إلا بصفة يكون القول قوله فإذا لم يوجد على الوصف الذي أذن، يجب الضمان [عليه](٥).

قال: وإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله؛ لأنه امتثل الأمر في أصل ما أمر، وهو القطع والخياطة ولكن قد يغير الوصف، فكان لصاحب الثوب الرضا به.

وقال بعض أصحابنا: فإن منفعة القميص والقباء يقع على وجه واحد وإنما تختلف الأغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب، وكانوا يقولون: لو قطعه سراويل لم يجب له الأجر؛ لأنه نوع آخر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه.

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: فالقول.
(٣) في أ: بقول.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في ز.

قالوا[١]: والرواية تخالف هذا؛ فإنه روي عن محمد - رحمه الله - أنه لو دفع شبهًا إلى رجل ليضرب طستًا فضربه كوزًا فإن شاء ضمنه مثل شبهه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل ما عمل فكذا في السراويل يجب أن يكون كذلك، وإنما أوجبنا أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بالمسمى إلا على صفة مخصوصة، فإذا لم يسلم له على ذلك وجب أجر المثل ولا يجاوز المسمى.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا أمره أن ينزع ضرسًا له بأجر، ونزع فقال الآمر: أمرتك بغير هذا، فالقول قول الآمر مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وكذا لو أمره أن يقطع شيئًا من جسده أو يبط [بوجهه][٢] قرحة لما بينا أن الأمر من قبله يستفاد، فكان القول قوله.

قال: ولو أعطى صباغًا ثوبًا ليصبغه ثم اختلفا فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بالعصفر، وقال الصباغ: بالزعفران، فالقول قول رب الثوب لما ذكرنا أن الأمر من قبله يستفاد.

* * *

(١) في ز: قال.
(٢) سقط في ز.

نوع آخر: ولو استأجروا من رجل بيتًا فباع فيه زمانًا ثم خرج منه، واختلفا فيما ببيته من الرفوف وأشباهه، فقال رب البيت: كان هذا في بيتي حين استأجرته، وقال المستأجر: لا بل أنا أحدثته، فالقياس أن يكون القول قول رب الدار[١] مع يمينه؛ لأنه بائع الأرض والبناء فتكون هذه الأشياء مركبًا بالأرض، والبناء لرب الدار فكذلك ما كان تبعًا للبناء والأرض يكون له.

ألا ترى أنهما لو اختلفا في خشب السقف أو في الباب المركب أو في العلو، كان القول قول رب الدار مع يمينه، فكذلك هذا.

وفي الاستحسان: أن القول قول المستأجر.

وجه هذا: أن العرف فيما بين الناس أن المستأجر هو الذي يحدث هذه الأشياء، فكان العرف شاهدا للمستأجر، فيكون القول قوله.

فإن قيل: إن كان العرف شاهدا للمستأجر للتبعية بسبب التركيب شاهدا لرب الدار فلما صار شاهدًا أولى من شاهد رب الدار.

والجواب عنه أن يقال: بأن التركيب [محتمل][٢] بين أن يكون من المستأجر وبين أن يكون من صاحب الدار؛ لأن كل واحد منهما يحدث ذلك وله فعله، وقد استويا في التركيب، ثم يرجح الحدوث من المستأجر بدلالة العرف، فصار شاهد المستأجر أولى من هذا الوجه.

وهكذا الجواب في الطحان والصباغ إذا اختلفا فيما يحدثه الصباغ في العرف والعادة دون الآجر، فالمسألة على القياس والاستحسان.

والحاصل في جنس هذه المسائل أن كل شيء يحدثه المستأجر عادة لحاجته إليه، فالقول قول المستأجر[٣].

---

(١) في أ، ز: الثوب. والمثبت من المحيط.

(٢) سقط في ز.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٥٤٥).

ولو اختلف رب الدار والمستأجر في شيء من بناء الدار غير ما ذكرنا أو في باب أو في خشبة أدخلها في السقف، فقال رب الدار: أنا أجرتك وهذا فيها، وقال المستأجر: [بل][١] أنا أحدثت، فإن القول في هذا قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه تابع لأرضه وبنائه، ولا عرف أن المستأجر هو الذي يحدث ذلك، فيكون لرب الدار، وما كان له في الدار من لبن موضوع رطب أو يابس، أو جذع موضوع، أو باب موضوع أو آجر أو جص فهو للمستأجر؛ لأنه في يده حقيقة وحكمًا، ولم يعرف كونه في يد صاحب الدار فيكون القول قول المستأجر.

وإنما قلنا: إنه في يده أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأنه ليس بتابع للدار؛ لأنه غير مركب فيه، بل موضوع فيه.

فإن [قيل][٢]: أقاما جميعًا البينة على ذلك ففي كل شيء جعلنا القول فيه قول المستأجر، فالبينة بينة رب الدار؛ لأن رب الدار يدعي خلاف الظاهر، [وأبدا البينة بينة من يدعي خلاف الظاهر][٣].

ولو اختلفا في الجص أو في السترة أو في التنور، فالقول فيه قول رب الدار.

قيل: هذا في التنور، بناء على عرفهم، أما عرفنا القول [فيه][٤] قول المستأجر؛ لأن المستأجر هو الذي يحدثه في عرفنا.

وفي بعض الفتاوى: إذا باع مستأجر الحانوت سكنى الحانوت من رجل وقبضه المشتري فجاء صاحب الحانوت واستحق السكنى من يد المشتري، فالمسألة على وجهين: إن كان السكنى متصلاً ببناء الحانوت وهو ليس من آلات صناعة المستأجر[٥]، فالقول قول صاحب الحانوت مع يمينه، فإذا حلف يرجع المشتري

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في ز.
(٥) زاد في أ: وإن كان من آلات صناعة المستأجر وهو تكرار.

على المستأجر بالثمن، وإن كان من آلات صناعة المستأجر، فالقول قول المستأجر، ولا سبيل لصاحب الحانوت على السكنى.

ولو انهدم بيت من الدار فقال المستأجر: نقضه لي، وقال رب الدار: بل هو لي، إذا عرف انهدامه فالقول قول رب الدار، فإن كان النقض منقولاً فالقول في المنقول قول المستأجر؛ لكونه في يده؛ لأن هذا منقول وإن كان في يد المستأجر حقيقة إلا أنه عرف كونه في يد صاحب الدار إذا عرفناه[١] أنه نقض بيت انهدم، وفي المنقول إنما يجعل القول قول ذي اليد إذا لم يعرف أنه في يد المدعي فأما إذا علم، فالقول قول المدعي وإن كان لا يعرف، فالقول قول المستأجر؛ لأنه في يده ولم يعرف أنه في يد المدعي، وإن كان رب الدار أمر المستأجر[٢] أن يبني في الدار على أن يحسب ذلك من الأجر، واختلفا فقال المستأجر: أمرتني بالبناء وقد بنيت، وقال رب الدار: ما بنيت، فالقول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه إيفاء الأجر وهو ينكر وإن أقر بالبناء إلا أنهما اختلفا في مقدار ما أنفق، ذكر أن القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعي زيادة إنفاق ورب الدار ينكر.

قالوا: هذا إذا كان مشكل الحال بأن[٣] اختلف في ذلك أهل تلك الصناعة: فقال بعضهم: كما يقول رب الدار[٤]: إنه يذهب في نفقة مثل هذا البناء قدر ما يدعيه رب البيت. وقال بعضهم: لا، بل قدر ما يقوله المستأجر حتى يقرر معرفة قول أحدهما من جهة الغير، فتعتبر حينئذ الدعوى والإنكار، والمستأجر يدعي زيادة إنفاق ورب البيت ينكر، فيكون القول قوله.

فأما إذا أجمع أهل تلك الصناعة على قول أحدهما، وقالوا: يذهب من النفقة في مثل هذا البناء ما يقوله أحدهما، فالقول قوله؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه

---

(١) في ز: عرف.
(٢) زاد في ز: على.
(٣) في ز: وإن.
(٤) في ز: البيت.

من جهة غيرهما ولا يلتفت إلى قولهما.

ولو كان على باب بيتهما[١] مصراعان، أحدهما ساقط، والآخر معلق بالباب واختلفا، في الساقط، فالقول قول رب الدار إذا عرف أنه أخوه، وإن كان منقولًا فالقول قول المستأجر في المنقول إنما كان كذلك؛ لأن كونه في يد رب الدار لما عرف أنه أخو المعلق، وفي مثل هذا القول قول رب الدار على ما مر.

ولو كان بيتًا سقفه مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان مطروحًا في البيت واختلف رب الدار والمستأجر فيه فقال رب الدار: هو سقف هذا البيت، وقال المستأجر: بل هو لي، وهو يقر أن تصاويره موافق لتصاوير البيت، فإن القول في ذلك قول رب الدار مع يمينه، وإن كان منقولًا؛ لأنه منقول عرف كونه في يد رب الدار لما كان تصاويره موافقًا للتصاوير التي كان على السقف.

إذا تكارى منزلًا من رجل في داره، وفي الدار ساكن كل شهر بدرهم فأدخله في الدار وخلى بينه وبين المنزل، وقال: اسكنه، فلما جاء رأس الشهر، طلب رب المنزل الأجر، فقال المستأجر: ما سكنته، حال بيني وبين النزول فيه الذي كان يسكن في الدار، أو غاصب ولا بينة له بذلك، والساكن مقر بذلك أو جاحد لا يلتفت إلى قول الساكن؛ لأنه شاهد على الغير أو مقر، وشهادة الفرد والإقرار على الغير لا يقبل، وإذا لم يقبل قول الساكن بقى الاختلاف بين الآجر والمستأجر فينظر في ذلك إن كان المستأجر هو الساكن في الدار حالة المنازعة، فالقول قول رب الدار، وعليه الأجر.

وإن كان في المنزل غير المستأجر، فالقول قول المستأجر ولا أجر عليه؛ وذلك؛ لأن كل الأجر لا يستحق بنفس العقد ولا بأصل التسليم وإنما يستحق كل الأجر بدوام التسليم من ابتداء المدة إلى آخرها على البقاء ما لم يقم دليل على الزوال فمن

---

(١) في أ: منهما.

الجائز أنه زال التسليم بعد ما وجد بدليل أوجب زواله [بأن][١] غصب منه غاصب.

وهذا هو حد استصحاب الحال، والثابت باستصحاب الحال ثابت من وجه غير ثابت من وجه، ولهذا صلح للدفع ولم يصلح للاستحقاق، وجميع الأجر غير واجب فلا يمكننا إيجابه بدوام تسليم [ما][٢] ثبت باستصحاب الحال ما لم يترجح ما يوجب [دوام][٣] التسليم على ما يوجب زواله فحكمنا في ذلك الحال [وقلنا][٤]: إن كان الساكن هو المستأجر ترجح ما يوجب داوم التسليم على ما يوجب زواله[٥]، فكان الحكم له، وإذا كان الساكن غيره ترجح ما يوجب زوال الدوام على ما يوجب دوامه، فكان الحكم له.

نظيره ما لو وقع الاختلاف بين مستأجر الطاحونة والآجر بعد انقضاء مدة الإجارة في جريان الماء وانقطاعه فيما مضى فإنه يحكم الحال وإن كان الماء جاريًا حالة المنازعة، فالقول قول من يدعي دوام التسليم، وإن كان الماء منقطعًا، فالقول قول من يدعي زوال الدوام فكذلك هذا.

فإن قيل: المستأجر أقر بالتسليم في الابتداء، فهلا جعل ذلك حكمًا على بقاء التسليم إلى آخر المدة كما جعل بقاء التسليم في آخر المدة على بقاء التسليم فيما مضى؟

والجواب عنه: أن كل الأجر مما لا يستحق بأصل التسليم؛ لأن منافع المدة معدومة للحال، وإنما يوجد ساعة فساعة[٦] فيجعل التسليم موجودًا ساعة فساعة كالعقد سواء، وإذا كان لا يستحق كل الأجر بأصل التسليم الموجود في الابتداء لا يمكننا أن نجعل التسليم الموجود في الابتداء حكمًا على دوامه، وإذا كان يستحق

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ز: دوامه.
(٦) في ز: بعد ساعة.

بدوام التسليم إلى آخر المدة أمكننا أن نجعل قيام التسليم في آخر المدة حكمًا على وجوده فيما مضى إذا لم يعرف وجود المانع من التسليم فيما مضى.

رجل تكارى من رجل بيتًا كل شهر بدرهم، فلما جاء رأس الشهر طلب رب البيت أجر البيت فقال المستأجر: إنما أعرتنيه أو[١] أسكنتنيه بغير أجر، وصاحب البيت ينكر ذلك ولا بينة بينهما، فالقول قوله، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة صاحب المنزل؛ لأنه هو المدعي فإنه ادعى عليه أجرًا وأثبته بالبينة.

وكذلك إذا قال الساكن: إن الدار داري لا حق لك فيها، فالقول قول الساكن مع يمينه؛ لأن الآجر ادعى عليه شيئين الأجر وكون الدار ملكًا له، والساكن أنكر الأمرين جميعًا، فيكون القول قوله فيهما في الأجر؛ لأنه ينكر وجوب الأجر في ذمته وفي الدار؛ لأن الدار في يده، فإن قال الساكن: الدار لفلان وكلني بالقيام عليها، فالقول قول الساكن ويكون خصمًا للمدعي؛ لأنه ادعى عليه الأجر وبكون الدار ملكًا له، والمستأجر أنكر الأجر، فكان القول قوله.

ولو ادعى أن يده في الدار يد غيره حتى يندفع عن نفسه خصومته في الدار، فلا تندفع عنه الخصومة بمجرد قوله: إن يده في الدار يد غيره ما لم يقم الدليل على ما ادعى عندنا.

وإن قال المستأجر: إنك وهبتني المنزل، فلا أجر لك، وقال الآجر: بل أجرتك، فالقول قول المستأجر في الأجرة؛ لأن صاحب المنزل يدعي عليه الأجر والمستأجر ينكر، وفي الدار القول قول صاحب المنزل؛ لأن المستأجر أقر بكون الدار ملكًا [له][٢] وادعى التملك من جهته، وأنكر صاحب المنزل، فيكون القول قوله، وإن أقاما البينة تؤخذ بينة الموهوب له؛ لأنا نجعل كأن الأمرين كانا بجعل كأنه أجر منه ثم وهب له[٣] بعد العقد.

---

(١) في ز: و.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: منه.

ولو كان كذلك ثبتت الهبة ولم يكن عليه أجر، فكذا هذا.

بخلاف ما إذا ادعى الساكن العارية وأقاما جميعًا البينة، فإن البينة هناك بينة صاحب المنزل وفي الحقيقة الفرق؛ لأنا نجعل كأن الأمرين كانا بأجر منه ثم أعار منه بعد الإجارة، إلا أن الإجارة لا ترتفع بالإعارة[١] وترتفع بالهبة، وهذا كله إذا لم يكن أقر الساكن بأصل الكراء. ثم ادعى الهبة أو العارية فإنه لا يصدق وعليه الأجر إلا أن يقيم البينة على الهبة فحينئذٍ لا أجر عليه؛ لأن الهبة تثبت بالبينة، وللمستأجر خيار الرؤية إن لم يكن رأى المستأجر اعتبارًا لبيع المنفعة ببيع العين، فإن اختلفا فقال صاحب الدار: قد كنت رأيت، وقال المستأجر: لم أر، فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، فإن عدم الرؤية أصل فإذا حلف أنه لم يرها يردها إلا أن تقوم بينة أنه قد رآها.

رجل تكارى منزلًا من رجل في داره على أن أجره أن يكفيه وعياله نفقتهم ومؤنتهم ما دام في الدار، فالإجارة فاسدة؛ لأن الأجر مجهول فإنه لا يدري قدر ما يكفيهم، وجهالة الأجر مما يوجب فساد الإجارة؛ فإن سكن فعليه أجر المثل كما في سائر الإجارات الفاسدة؛ فإن قال المستأجر: أنفقت على عيالك، وقال صاحب المنزل: لم تنفق، فالقول قول صاحب المنزل؛ لأنه يدعى عليه الإيفاء؛ لأن ما أنفق على عياله بأمره يكون دينًا عليه وله عليه مثله فيلتقيان قصاصًا فالمستأجر يدعي الإيفاء من هذا الوجه وصاحب المنزل ينكر، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة[٢] المستأجر؛ لأنه يدعي الإيفاء ويثبته بالبينة ويجب له ما قامت من البينة من أجر مثلها؛ لأن ما أنفق صار دينًا على رب المنزل، وأجر المثل دين لرب المنزل عليه فيلتقيان قصاصًا.

رجل تكارى دارًا شهرًا بعشرة دراهم فسكنها يومًا أو يومين ثم تحول إلى دار

---

(١) في أ: الإجارة.

(٢) زاد في ز: صاحب.

أخرى، كان للآجر أن يطالبه بأجر جميع الشهر؛ لأن [جميع][(١)] الإجارة لازمة في الشهر فلا يملك فسخها إلا بعذر وإن تحول من دار إلى أخرى لا يكون عذرًا، فإن قال: إنما[(٢)] استأجرتها يومًا واحدًا، فالقول قوله؛ لأنه أقر بالإجارة في يوم وأنكر الإجارة في باقي الشهر، ولو أنكر الإجارة أصلاً ورأسًا كان القول قوله، فكذا إذا أقر بالبعض وأنكر البعض، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الآجر؛ لأنه يثبت الإجارة فيما زاد على اليوم ببينة.

وإذا استأجر من آخر دارًا شهرًا بدرهم فسكنها شهرين فعليه أجر الشهر الأول دون الشهر الثاني، وقد مرت المسألة من قبل، فإن هدم شيء من سكناه في الشهر الثاني يضمن، ولا ضمان فيما انهدم من سكناه في الأول، فإن اختلفا فيما انهدم فقال المستأجر: إنما انهدم من سكناي في الشهر الأول، وصاحب الدار يقول: إنما انهدم من سكناك في الشهر الثاني فعليك الضمان، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه ضمان ما انهدم وهو ينكر، فيكون القول قوله والبينة بينة صاحب الدار؛ لأنه هو المدعي.

رجل تكارى بيتًا أو دارًا على أن يسكنها [شهرًا][(٣)] فأعطاه صاحب المنزل المفتاح، فلما مضى الشهر جاء رب المنزل يطلب الأجر، فقال المستأجر: لم أقدر على فتحه، وقال الآجر: لا، بل قدرت على فتحه وسكنت، ولا بينة لهما، فإنه ينظر إلى المفتاح الذي دفع إليه للحال إن كان يلائم هذا الغلق ويمكن فتح الباب به فالقول قول رب الدار، ولا يصدق المستأجر في قوله: لم أقدر على فتحه، وإن كان ما دفع من المفتاح مفتاحًا لا يلائم الغلق ولا يمكن فتح الباب، فالقول قول المستأجر، وإن أقاما جميعًا البينة فالبينة بينة رب المنزل، وإن كان المفتاح مفتاحًا لا

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: أنا.
(٣) سقط في أ.

يلائم الغلق؛ لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه، كما في مسألة الطاحونة لو أقام المستأجر البينة أن الماء كان منقطعًا فيما مضى، فإنه يقضى بالبينة وإن كان جاريًا للحال وكذلك ههنا.

فإن قيل: إذا كان المفتاح لا يلائم الغلق فكيف تقبل البينة على أنه كان يقدر على فتحه؟

قلنا: إنما تقبل إذا كان رب المنزل يدعي أنه كان يلائم الغلق ولكن غيره، والمستأجر يقول: لا، بل لم يكن ملائمًا من الأصل، فتقبل البينة على ما يدعيه رب البيت.

وفي الجامع الصغير: أجر من آجر حانوتا ودفع إليه المفتاح، فلم يقدر المستأجر على فتحه وضل المفتاح أياما ثم وجده، فإن كان يمكن فتح الحانوت بهذا المفتاح فعليه أجر ما مضى؛ لأن التسليم [تم][(١)] من الآجر وإنما جاء التقصير من جانب المستأجر، وإن كان لا يمكن فتحه لم يجب الأجر؛ لأن التخلية لم تصح.

* * *

(١) سقط في ز.

نوع آخر: إذا استأجر الرجل من آخر حمامًا مدة معلومة ثم اختلفا في قدر الحمام إنه للمستأجر أو لصاحب الحمام؟ فالقول قول صاحب الحمام؛ لأنه مركب في بنائه ولا عرف في أن المستأجر يحدث ذلك بخلاف الأتون؛ لأن العرف أن المستأجر هو الذي يتولى ذلك فكان الحكم في الموضعين جميعًا للعرف، ولو انقضت مدة الإجارة وفي الحمام رماد كثير وسرقين كثير فقال رب الحمام: السرقين لي، وقال المستأجر: هو لي وأنا أنقله فالقول قول المستأجر إذا[1] لم يعرف كون المدعى به في يد صاحب الحمام على ما مر قبل هذا، فأما الرماد[2] كان ذلك من عمل المستأجر وكان مقرًّا بذلك فعليه أن ينقله؛ لأنه صار مشغولًا من جهته وقد أمكن تفريغه من غير نقض شيء من البناء فيكون على المستأجر تفريغه كما لو كان مشغولًا بأمتعته، وإن جحد أن يكون من عمله، فالقول قوله؛ لأن صاحب الحمام يدعي تفريغ هذا المكان وهو ينكر؛ ولأنه يدعي تسليم هذا المكان، والحاصل أن المستأجر ينكر؛ لأن الشغل يمنع التسليم فيكون القول قوله.

* * *

(١) في ز: إذ.
(٢) في ز: الرد.

نوع آخر: إذا تكارى ثلاث دواب من بغداد إلى مدينة الري بأعيانها كانت الإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم والأجر معلوم، فجازت الإجارة وإنما شرط مدينة الري؛ لأنه لو استأجرها إلى الري كان لا تصح الإجارة على ما نذكره[١] في ظاهر الرواية؛ لأن اسم الري يشتمل على المدينة وعلى الرستاق فإن جوار الري يسمى ريًّا وهي من مدينة الري بمراحل، فكان بمنزلة من استأجر دابة إلى خراسان لم يجز؛ لأن خراسان تشتمل على أمصار كثيرة فكذلك هذا.

وإذا جازت الإجارة لو أن المكاري باع هذه الدواب من غيره أو وهب أو تصدق [أو أجر][٢] أو أعار أو أودع فجاء المستكري ووجد الدواب في يد غيره، فأراد أن يقيم البينة على إجارته هل تقبل بينته؟ فهذا على وجهين:

إما أن يكون المكاري حاضرًا أو غائبًا فإن كان المكاري حاضرًا فإنه تقبل بينته عليه، وإن كان يقر أنه أجرها منه؛ لأن بينة المستأجر قامت على خصم حاضر؛ لأن المستأجر مع الذي في يده الدابة تصادقا أن الملك في الدابة كان للمكاري، والمكاري صدقهما في ذلك فيثبت الملك للمكاري في الدابة بتصادقهم جميعًا فكان المكاري خصمًا للمستأجر فتقبل بينته عليه.

فإن قيل: كيف تقبل بينته والمكاري يقر أنه أجر هذه الدابة منه أولًا كما يدعيه المستكري والبينة لا تقبل على المقر؟

قلنا: المكاري وإن أقر بذلك إلا أنه لم يصح إقراره لحق ذي اليد، وإذا لم يصح إقراره صار وجود هذا الإقرار منه وعدمه بمنزلة.

ونظير هذا ما قالوا فيمن باع من آخر عينًا ثم ادعى البائع أنه كان باع من غيره أولًا فإنه لا يصدق فيما أقر به، فلو أن الأول أقام البينة على ما ادعى سمعت بينته وإن كان البائع مقرًا بذلك؛ لأن إقراره غير مقبول لحق الثاني فصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة

---

(١) في أ: يذكره.
(٢) سقط في ز.

فقبلت البينة عليه، كذلك هذا، وإذا سمعت بينة المستأجر، وكان المكاري باعه من غيره، فإن كان باعه بعذر، بأن كان عليه دين فادح لم يكن للمستأجر سبيل على الدابة؛ لأن الإجارة تنتقض متى حصل البيع حالة العذر بقضاء القاضي على الروايات كلها، وبغير قضاء القاضي على عامة الروايات، وفي رواية الزيادات: لا تنتقض فإذا انتقضت الإجارة لا يبقى للمستأجر على الدابة سبيل.

وإن كان باعها بغير عذر كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وإذا بقي إجارة المستأجر وقد ثبت بالبينة أن إجارته كانت سابقة على بيع الذي في يده الدابة؛ كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وما يقول في الكتاب أن البيع مردود، فتأويله إذا فسخ المشتري؛ وذلك أن المستأجر لما كان أحق بالدابة بتأخر[1] قبض المشتري فيتخير إن شاء تربص إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وإن شاء فسخ البيع كما لو اشترى عبدًا فأبق قبل القبض، فإذا تربص حتى انقضت مدة الإجارة يكون البيع جائزًا ولا يكون للمستأجر حق الفسخ؛ لأنه توصل إلى حقه من غير فسخ، وإن [كان][2] أجر من غيره - يعني: المستأجر الأول - أجر أو أعار أو وهب أو تصدق كان المستأجر الأول أحق بها إلى أن يستوفي إجارته، ثم تجوز هذه التصرفات ويكون الجواب في [حق][3] هذه التصرفات كالجواب فيما إذا باعه بغير عذر؛ لأن العذر لا يتحقق في حق هذه الأسباب حتى تنقضي الإجارة، هذا الذي ذكرنا إذا كان المكاري حاضرًا.

فأما إذا كان المكاري غائبًا فإن بينة المستأجر تقبل إذا كان الذي في يديه الدابة مشتريًا أو متصدقًا عليه أو موهوبا له؛ لأن الذي في يده الدابة متى كان مشتريًا أو متصدقًا عليه يدعي الملك لنفسه فيما في يده فينتصب خصمًا له فقبلت بينته، بعد

---

(١) في ز: يتخير.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

هذا إن كان باعه المكاري بعذر فلا سبيل على الدابة؛ لأن الإجارة انتقضت، وإن كان باعه بغير عذر أو وهب أو تصدق كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفي إجارته، فأما الذي في يديه الدابة مستأجرًا أو مستعيرًا أو مودعًا وقد صدقه المستكري فيما قال لا تقبل بينته؛ لأنه ثبت بتصادقهما أن ذا اليد مستأجر أو مستعير أو مودع من رجل معروف، والمودع والمستعير والمستأجر لا ينتصب خصمًا، فالبينة قامت على خصم فلا تقبل.

ثم يقول في الكتاب: والمستأجر أحق بها حتى[١] يستوفي إجارته، ولم يذكر أن المستأجر الأول أحق بها أم الثاني، ويجب أن يكون المستأجر الثاني أحق بها؛ لأن المكاري إذا كان حاضرًا فبينة المستأجر أولى بقبوله في هذه الحالة، والثابت بالبينة كالثابت معاينة، ولو عاين القاضي إجارته أولًا جعل الأول أحق بها، فكذا إذا ثبت بالبينة، وأما إذا كان المكاري غائبًا فبينة الأول لا تقبل في هذه الحالة فيكون الثاني أحق بها إلى أن يستوفي إجارته.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - المسألة على هذا الوجه فلم يجعل المستأجر الثاني خصمًا للمستأجر الأول.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - أن بينة المستأجر على صاحب اليد إذا كان مستأجرًا مقبولة وجعله خصمًا له، وفرقا بين المستأجر والمعير[٢] والمودع.

* * *

(١) في ز: إلى أن.
(٢) في ز: والمستعير.

نوع آخر: رجل استأجر دابة من رجل إلى واسط بعشرة دراهم، وقال المكاري للمستكري: استكر علي غلامًا يتبعك ويتبع الدابة وأجره علي وأعطه نفقته ينفق على نفسه وعلى الدابة من كراء الدابة وقد برئت من الأجر بذا القدر، وأنكر صاحب الدابة استئجار العبد، فالقول قول صاحب الدابة [أنه][1] لم يستأجره وعلى المستكري البينة أنه استأجر الغلام، وإن كان المستكري وكيلاً بالاستئجار؛ لأن الوكيل بالاستئجار بمنزلة الوكيل بالشراء. قال: اشتريت وهلك عندي وأراد أن يرجع بالثمن على موكله، فالوكيل بالشراء إذا أقر أنه اشترى وهلك عنده ولم يكن الثمن مدفوعًا إليه وأنكر الموكل فالقول قوله يعني الموكل مع يمينه، وعلى الوكيل البينة أنه اشترى فكذلك ها هنا، فإن أقام البينة على أنه استأجر الغلام بعد هذا وأقر الغلام أنه قبض منه النفقة إلا أنه ضاع أو سرق منه وأنكر المكاري كان القول قوله، يعني: قول الغلام؛ لأنه لما ثبت استئجار الغلام صار الغلام وكيلاً من جهة المكاري بقبض ما على المستكري من الكراء بمقدار النفقة، والوكيل بقبض الدين إذا قال: قبضت وهلك عندي كان القول قوله فكذا هذا.

فإن قيل: كيف يصير الغلام وكيلاً من جهة المكاري بقبض ما عليه من الكراء بمقدار نفقته ونفقة الدابة وهو لم يعلم بهذه الوكالة؟

قلنا: المستكري أخبره بذلك؛ لأنه حال ما يستأجره يخبره أنه يستأجره ليفعل كذا، فيصير وكيلاً، فكذلك هذا.

وإذا تكارى دابة من الكوفة إلى فارس وسمى مدينة معلومة فالإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم، والأجر معلوم فإن اختلفا في النقد فقال المستأجر: أعطيتك نقد فارس؛ لأن الوجوب كان بفارس ونقد فارس أنقص، وقال المكاري: لا بل عليك نقد الكوفة؛ لأن العقد كان بالكوفة ونقد الكوفة أزيد، كان عليه نقد المكان الذي حصل فيه الوجوب وذلك؛ لأن الوجوب تبع للعقد؛ لأنه حكم من أحكام

---

(١) سقط في ز.

العقد، والأحكام تابعة لأسبابها، وإذا كان الوجوب تبعًا للعقد كان العقد أصلاً فكان إيجاب نقد مكان العقد وإنه أصل أولى من إيجاب نقد مكان الوجوب، فكان هذا بمنزلة ما لو اشترى عبدًا بألف درهم إلى سنتين ثم تغير النقد عما كان وقت العقد وإنه يجب نقد ما كان وقت العقد لا نقد ما كان وقت المطالبة؛ لأن المطالبة تبع للعقد؛ لأنه وجب بسبب العقد فكان اعتبار مكان العقد وإنه أصل أولى من اعتبار مكان المطالبة وإنه تبع فكذلك هاهنا.

وإذا استأجر الرجل دابة إلى الحيرة فقال رب الدابة: هذه الدابة دونك فاركبها، معنى قوله: [دونك][1]: خذها، فلما كان بعدما رجع من الحيرة اختلفا فقال المستكري: لم أذهب بها إلى الحيرة وما لك علي الأجر، فهذا على وجهين:

إما أن يعلم خروجه إلى الحيرة، أو لا، فإن لم يعلم خروجه فالقول قول المستأجر؛ لأنه متى لم يعلم خروجه فحاصل اختلافهما وقع في التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد والمستأجر ينكر فيكون القول قول المستأجر.

وإن علم خروجه إلى الحيرة فالقول قول صاحب الدابة؛ لأنه متى علم خروجه إلى الحيرة فقد ثبت التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد، وحاصل اختلافهما بعد ذلك إنما وقع في انقطاع التسليم.

المستأجر يدعي انقطاع التسليم بعده، وصاحب الدابة ينكر فيكون القول قوله، وكان مستأجر الدار إذا ادعى غصبا منه بعد ما سلم الدار إليه، وصاحب الدار ينكر وهناك القول قول صاحب الدار إذا لم يكن في الدار غاصب وقت المنازعة، كذا ههنا.

* * *

(١) سقط في ز.

نوع آخر: إذا وقع الاختلاف بين المستأجر وصاحب الرحى، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مقدار مدة الانقطاع بأن قال صاحب الرحى: انقطع خمسة أيام، وقال المستأجر: انقطع عشرة أيام، أو يختلفا في أصل الانقطاع بأن قال المستأجر: انقطع الماء، وقال صاحب الرحى: لم ينقطع.

فإن اختلفا في مقدار مدة الانقطاع بعدما اتفقا على الانقطاع فالقول قول المستأجر مع يمينه لوجوه ثلاثة:

أحدها: وهو أن صاحب الرحى مع المستأجر اتفقا على زوال التسليم بعد ما كان ثابتًا حين اتفقا على انقطاع الماء؛ لأن انقطاع الماء يوجب زوال التسليم، ولهذا سقط الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد ذلك يدعي تسليمًا مبتدأ بعود الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر فيكون القول قوله، كما لو لم يكن التسليم ثابتًا وادعى صاحب الرحى التسليم والمستأجر ينكر كان القول قوله كذلك هذا[١].

الثاني: أن صاحب الرحى يدعي على المستأجر زيادة أجر والمستأجر ينكر فكان القول قول المستأجر مع يمينه.

الثالث: أن العقد انفسخ في يده خمسة أيام باتفاقهما على انقطاع الماء؛ لأن انقطاع الماء يوجب انفساخ العقد، [ولهذا أسقط][٢] الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد مضي خمسة أيام يدعي عود العقد والمستأجر ينكر، فكان القول قول المستأجر مع يمينه.

فأما إذا اختلفا في أصل الانقطاع فإنه يُحَكَّم الحال إن كان الماء جاريًا في الابتداء وقت[٣] الخصومة فالظاهر أنه لم ينقطع فيما بين ذلك، فمن ادعى الانقطاع فقد ادعى خلاف الظاهر فكان مدعيًا والآخر منكرًا، وإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة فالقول قول المستأجر؛ لأن الظاهر يشهد للمستأجر؛ لأن الانقطاع للحال

(١) في ز: ههنا.
(٢) في ز: وهذا يسقط.
(٣) في ز: ووقت.

يدل على انقطاعه فيما مضى من حيث الظاهر فيجعل القول قول المستأجر.

وإذا استأجر [الرجل](١) رحى ماء فانكسر أحد الحجرين والدوارة فهذا عذر وله أن يفسخ الإجارة لما ذكرنا [من](٢) قبل هذا، فكذلك إن انكسر البيت فإن اختلفا فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مدة الانكسار بعد ما اتفقا على الانكسار، والجواب فيه كالجواب فيما إذا اختلفا في قدر مدة الانقطاع أو في أصل الانقطاع.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

نوع آخر: إذا ظهر أن المستأجر مغصوب ووقع الاختلاف بين المالك وبين الآجر.

في نوادر ابن سماعة وهشام عن محمد - رحمه الله -: رجل أجر دارًا من رجل بدراهم معلومة فاستحقها رجل ببينة وقال: كنت دفعتها إلى الآجر وأمرته أن يؤجرها فالأجرة لي، وقال الآجر: كنت غصبتها منه وأجرتها فالأجرة لي، فالقول قول رب الدار؛ ويأخذ الأجر؛ لأن الظاهر شاهد[1] لرب الدار، فإن الظاهر أن الإنسان يتصرف في ملك الغير لذلك الغير، وإن أقام الآجر بينة على ما ادعى من الغصب لم تقبل بينته؛ لأن بهذه البينة يريد إبطال قول المستحق والبينات شرعت للإثبات لا للإبطال، فإن أقام بينة على إقرار المستحق بما ادعى من الغصب تقبل بينته فكانت الأجرة له؛ لأنه بهذه البينة لا تبطل حق[2] المستحق إنما يثبت إقراره بالغصب، ثم إذا ثبت الغصب يترتب عليه حكم الإجارة، ولو[3] كان الآجر بنى في الأرض بناء ثم أجرها مبنية فقال رب الأرض: أمرتك أن تبني وتؤاجر، وقال الآجر: غصبتها وبنيتها وأجرتها، قال: يقسم الأجر على قيمة الأرض غير مبنية وعلى البناء، فما أصاب الأرض فهو لرب الأرض، وما أصاب البناء فهو للغاصب؛ لأن في البناء الظاهر شاهد للغاصب؛ لأن البناء في يده.

* * *

---

(١) في ز: يشهد.
(٢) في ز: قول.
(٣) في ز: فلو.

الفصل الثالث[1] والعشرون
في إجارة[2] الدواب

استأجر دابة إلى سمرقند فدفع إليه رب الدابة الدابة وخلى بينه وبينها وتلقى ذلك الأجر، ولا يجبر رب الدابة أن يرسل غلامه معه، وقال محمد - رحمه الله -: يؤمر بأن يرسل غلامه معه. قال شيخ الإسلام: إن شاءا مالا يجبر عليه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا تكارى الرجل من الرجل إبلاً مسماة بغير عينها من الكوفة إلى مكة فالإجارة جائزة.

قال الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده - رحمه الله -: ليس تفسير المسألة أنه استأجر إبلاً بغير أعيانها؛ لأن استئجار الإبل بغير أعيانها لا يجوز؛ لمكان الجهالة المعقود عليه.

وإنما تفسير المسألة: أن يقبل[3] المكاري الحمل، فيقول المستكري[4]: احملني إلى مكة بكذا على إبل، فيكون المعقود عليه الحمل في ذمة المكاري، وإنه معلوم، والإبل آلة الحمل، وجهالة الآلة لا توجب فساد الإجارة، كما في الخياطة والقصارة وما أشبه ذلك.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: ونحن نفتي بالجواز كما [ذكر][5] في الكتاب، وتفسير ذلك ما قلنا وصار ذلك معتادا، حتى لو لم يكن كذلك لا يجوز.

وفي الفتاوى: إذا تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه ولم يرجع إلى خمسة أيام، قال: يجب درهمان أجرة الذهاب؛ لأنه مخالف في الرجوع.

---

(١) في ز: الثاني.
(٢) في أ: إجارات.
(٣) في ز: يتقبل.
(٤) في ز: المكتري.
(٥) سقط في ز.

إذا استأجر بعيرًا إلى مكة، فهذا على الذهاب دون المجيء، وفي العارية على الذهاب والمجيء؛ لأن في الإجارة مؤنة الرد على المؤاجر، وفي العارية مؤنة الرد على المستعير.

وفي الأصل: رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة على أن يحمل عليهما [عشرين][1] مختومًا، فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم قال: يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة منهما، ولا ينظر إلى ما حمل عليهما؛ لأن أجر الدابة على قدر سيرها وقوتها وسرعتها وإبطائها.

وإن تكارى قوم مشاة إبلاً على المكاري يحمل عليها من مرض منهم، أو من أعيا منهم فهذا فاسد؛ لأن الراكب مجهول.

في الأصل أيضًا: ولو شرطوا عليه عقبة الأجير وتفسيرها: أن يركب واحد منهم ثم ينزل ثم يركب الآخر ثم ينزل، فذلك جائز؛ لأن الراكب معلوم.

وإذا أجر الرجل دابته إلى الجبانة، أو إلى الجنازة فهذا لا يجوز.

قالوا: إنما لا يجوز إلى الجبانة في بلدة إذا كانت لأهلها جبانتان، إحداهما: بعيدة والأخرى قريبة. كما كان في بلاد محمد - رحمه الله -، ولا يدري إلى أيتهما أجر، أما إذا كانت الجبانة واحدة يجوز وتقع الإجارة على أول حدود من تلك الجبانة، كما لو استأجر دابة من محلة إلى محلة وفي الجنازة إنما لا يجوز إذا كان المصلى اثنين أو ثلاثة، ولا يدري إلى أيهما أجر، أما إذا كان المصلى واحدًا أو أكثر إلا أنه يعلم إلى أيهم أجر يجوز.

وإذا استأجر دابة ليشيع عليها رجلاً، أو ليلتقي عليها، لا يجوز؛ لأن المعقود عليه في الدابة إنما يصير معلومًا إما ببيان مدة معلومة إذا كان الركوب مستغرقًا جميع المدة، أو بتسمية مكان، ولم يوجد واحد منهما؛ أما المدة فظاهر، وأما المكان فلأنه لم يذكر أنه إلى أي مكان يشيعه وفي أي مكان يتلقاه فيبقى المعقود عليه

---

(١) سقط في ز.

مجهولًا، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة؛ ولهذا لا يجوز.

ومن هذا الجنس إذا استأجر دابة من رجل كل شهر بعشرة، على أنه متى بدا له من ليل أو نهار حاجة ركبها، فإن كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز، وإن لم يسم مكانًا لا يجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن المعقود عليه في الدابة لا يصير معلومًا ببيان المدة إذا لم يكن[١] الركوب مستغرقًا جميع المدة، وإنما يصير معلومًا ببيان المكان، فأما إذا استأجر يومًا ليقضي حوائجه في المصر، فهو جائز وإن لم يبين مكانًا؛ لأن الركوب ههنا مستغرق جميع المدة، فهو بمنزلة ما لو استأجر رجلًا يومًا للخدمة أو للخياطة، وذلك جائز.

وإذا تكارى الرجل دابة من رجل على أن يركب مع فلان تشيعه إلى مكان معلوم حتى جازت الإجارة، فحبسها من الغداة إلى انتصاف النهار، ثم بدا للرجل ألا يخرج فرد الدابة عند الظهر، فلا أجر لعدم تمكنه من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، وهل يضمن بهذا الحبس؟

إن حبسها قدر ما يحبس الناس لانتظار خروج ذلك الرجل لا يضمن، وإن كان أكثر من ذلك يضمن؛ لأن المالك لم يأذن بحبس لا يستوجب الأجر به، لكن قدر ما يحبس الناس لخروج ذلك الرجل محتاج إليه فصار ذلك مستثنى عرفًا وبقي ما وراءه على أصل القياس.

وإذا تكارى الرجل دابة من الكوفة ليركبها إلى مكة [المعظمة][٢] أو إلى مصر آخر كان له أن يبلغ بها منزله سواء استأجرها للركوب أو للحمل وهذا استحسان.

والقياس أن يقال: كما انتهى إلى حدود الكوفة، وجب أن تنتهي الإجارة، كما لو استأجر في المصر من محلة [إلى محلة][٣]، ومنزل المستأجر في المحلة المشروط

---

(١) في ز: يصر.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

إليها، فإنه تنتهي الإجارة إذا انتهى إلى أول تلك المحلة، ولا يبلغ بها منزله كذا هاهنا.

وجه الاستحسان: أن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من استأجر دابة إلى مصر أو قرية أنه يبلغ بها منزله، وكذلك في الأحمال العرف فيما بين الناس أنهم يبلغون حمولاتهم إلى منازلهم وحوانيتهم والمعروف كالمشروط، وهذا العرف معدوم في المحلة، والمعنى في ذلك أنه ربما تكون المسافة إلى المحلة المشروط إليها إلى منزل المستأجر على أضعاف ما يكون فيما بين المحلتين، ويصح أن يستأجر الرجل دابة إلى موضع ويدخل في الإجارة[1] أضعاف ما ورد عليه الإجارة، أو نقول: هذا العرف فيما بين الناس إذا كانت الزيادة على المكان المشروط دونه، أما لا عرف إذا كانت الزيادة فوقه أو مثله، فترد هذه الزيادة إلى ما يقتضيه القياس.

وإذا استأجر الرجل دابة للحمل، فله أن يركبها، وإن استأجرها للركوب لم يكن له أن يحمل عليها، وإن حمل عليها لا يستحق الأجر.

والفرق بين الأمرين: أن اسم الحمل يقع على الركوب، يقال: حمل فلان فلانًا على دابته إذا ركبه، وإذا كان اسم الحمل يقع على الركوب دخل الركوب تحت اسم الحمل، أما اسم الركوب لا يقع على الحمل، فلا يدخل الحمل تحت اسم الركوب.

وفي البقالي: إذا استأجر دابة للحمل، فحمل عليها رجلًا لا يضمن؛ لأنه أخف.

وإذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم، ولم يسم كم يطحن عليها في كل يوم، فالإجارة جائزة، وإذا سمى ما يطحن؛ لأنه إذا سمى ما يطحن، فالإجارة وقعت على عمل معلوم، إلا أنه لم يبين مقدار العمل، وبيان مقدار العمل بعد بيان جنس العمل ليس بشرط، وله أن يطحن عليها مقدار ما تحمل الدابة وتطيق، وما

(١) زاد في ز: زيادة.

يطحن مثلها قدرًا فى العرف، وهو نظير ما [لو استأجرها][١] ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار ما يحمل عليها، فإنه يجوز على ما ذكره شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وله أن يحمل عليها قدر ما يحمل عليها كذا هاهنا.

وإذا تكارى دابة من [رجل إلى][٢] بغداد على أنه يعطيه الأجر إذا رجع من بغداد، فمات المستأجر ببغداد، ولم يرجع، كان للمكاري أن يأخذ أجر الذهاب من تركته؛ لأن أجر الذهاب قد وجب بالذهاب إلى بغداد، إلا أن المكاري كان لا يطالبه بذلك قبل الرجوع؛ لأنه ضرب لذلك أجلاً معلومًا وهو قدر رجوعه من بغداد، فإذا مات، فقد حل الأجل فكان له المطالبة بذلك، كما في سائر الديون المؤجلة إذا مات من عليه الدين قبل حلول الأجل.

❊ ❊ ❊

(١) في ز: إذا استأجر.
(٢) سقط في ز.

الفصل الرابع[(١)] والعشرون
في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

منه: قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل استأجر حمارًا بسرج، فنزع ذلك السرج، وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فعطب، فلا ضمان عليه.

الأصل فيما ذكر من جنس هذه المسائل: أن المستأجر إذا خالف فيما شرط من الحمل على الدابة، أنه ينظر: إن كان الجنس واحدًا وضرر الثاني مثل ضرر المشروط أو أقل[(٢)]، فلا ضمان؛ لأن الجنس إذا كان واحدًا فقد استوى الضرران، وإذا كان ضرر الثاني أقل لم يوجد الخلاف إلا من حيث الصورة والخلاف من حيث الصورة لا يكفي لوجوب الضمان، وإن كان ضرر الثاني أكثر من ضرر المشروط، يجب الضمان بقدر الزيادة؛ لأنه في الزيادة خالف صورة ومعنى، وإن كان الجنس مختلفًا يجب ضمان كل الدابة، ولا يعتبر فيه قلة الضرر ولا كثرته؛ لأن هذا الخلاف صورة ومعنى؛ لأن هذا الجنس لم يدخل تحت العقد أصلاً، فصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله.

بيان هذا الأصل في تخريج المسائل: [إذا][(٣)] استأجر دابة ليحمل عليها حنطة بكيل معلوم إلى مكان معلوم فحمل عليها شعيرًا مثل[(٤)] ذلك الكيل إلى ذلك المكان، وهلكت الدابة، لا يضمن؛ لأن الشعير بمثل كيل الحنطة يكون أخف على الدابة من الحنطة، فهذا خلاف صورة لا معنى.

وإن كان الشعير بمثل قدر[(٥)] الحنطة، وباقي المسألة بحالها حيث يضمن؛ لأن

---

(١) في ز: الثالث.
(٢) في ز: مثله.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في ز: بمثل.
(٥) في ز: وزن.

الشعير بوزن الحنطة يكون أكثر كيلاً من الحنطة، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة، فيكون هذا خلافًا صورة ومعنى.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب العارية: إذا استأجر دابة ليحمل عليها كذا مَنًّا من الحنطة، فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير أو السمسم أو الأرز، فإنه يضمن قيمتها.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أنه لا يضمن استحسانًا، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما [وزنًا][(١)]؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة، فكان داخلاً تحت الإذن، وبه[(٢)] كان يفتي الصدر الشهيد - رحمه الله -.

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فحمل عليها خمسة أقفزة حنطة، ضمن قيمتها.

وقيل: فيه روايتان.

وإذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيرًا بكيل معلوم، فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل ضمن قيمتها؛ لأن الحنطة بمثل كيل الشعير يكون أثقل على الدابة من الشعير، فيكون ضررها أكثر، فيكون خلافًا صورة ومعنى، وإن كان بمثل وزن الشعير، لا يضمن.

فرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فحمل عليها أحد عشر قفيزًا من شعير، حيث يضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمتها إذا كانت الدابة مما يقوى على حمل أحد عشر قفيزًا، وفيما إذا حمل عليها حنطة بمثل كيل الشعير؛ قال: يضمن جميع قيمتها؛ لأن هناك المحمول عليها من جنس المسمى، وإنما هلكت الدابة بنقل[(٣)] أحد عشر قفيزًا، وعشرة منها مأذون فيها

(١) سقط في أ.
(٢) في ز: فبه.
(٣) في ز: بثقل.

والحادي عشر ليس بمأذون فيه، فيضمن بذلك العدد، أما هاهنا بخلافه.

وإذا استأجرها(١) ليحمل عليها حنطة أو شعيرًا بوزن معلوم، فحمل عليها لبنًا(٢) أو رملًا أو حديدًا بمثل وزن الحنطة أو الشعير، يضمن؛ لأن الحنطة أو الشعير [ينبسط](٣) على ظهر الدابة، والحديد والرمل واللبن(٤) يجتمع في مكان واحد، فيكون أذى(٥) لظهر الدابة، فيكون خلافًا صورة ومعنى، وكذلك إذا حمل عليها تبنًا أو حطبًا أو قطنًا بمثل وزن الحنطة والشعير ضمن؛ لأن التبن والحطب والقطن يأخذ من ظهر الدابة من غير موضع الحمل، فيكون أشق على الدابة، فيكون خلافًا صورة ومعنى.

ولو استأجر ليحمل عليها تبنًا أو حطبًا أو قطنًا أو رملًا أو حديدًا أو لبنًا فحمل عليها حنطة أو شعيرًا بمثل وزن هذه الأشياء، [لا يضمن](٦)؛ لأنهما لا يأخذان شيئا من ظهر الدابة من غير حمل وفي موضع الحمل ينبسطان، فيكون حملهما أيسر على الدابة، فيكون خلافًا صورة لا معنى.

* * *

---

(١) في أ: استأجر.
(٢) في أ: البناء.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: اللين.
(٥) في ز: أدن.
(٦) سقط في ز.

نوع آخر: وإذا استأجر من رجل[١] دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا، فعطبت الدابة من ذلك بعدما بلغت المكان المشروط، فعليه الأجر كاملاً، ويضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة، أما عليه الأجر كاملاً؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يملك شيئًا من المستأجر، فكان عليه الأجر كاملاً، كما لو استأجر دارًا ليسكن فيها فسكن فيها حدادًا أو قصارًا، ولم ينهدم شيء من الدار من عمله، فإن عليه الأجر كاملاً كذا هاهنا.

وإنما قلنا: استوفى المعقود عليه وزيادة؛ لأن المعقود عليه حمل عشرة مخاتيم، وقد استوفى ذلك وزيادة حيث حمل أحد عشر مختومًا، والزيادة لا تمنع استيفاء المعقود عليه، كما لو حمل عشرة مخاتيم حنطة، وركب دابة أخرى للآجر، وكما لو استأجر دارًا ليسكن فيها [فسكن فيها][٢] حدادًا أو قصارًا، ولم [يهلك شيء][٣] من المستأجر، وإن ضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة، والمضمون يصير ملكًا للضامن؛ لأن الجزء المضمون ليس بمستأجر؛ [لأن المستأجر][٤] عنده من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة؛ لأنه قدر المعقود عليه بالحمل لا بالمدة، فيصير المستحق له من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة، كما في الأجير المشترك المستحق عليه قدر ما سمى من العمل؛ لأن المعقود عليه مقدر بالعمل فصار قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة مستأجرًا، وما زاد على ذلك غير مستأجر، وحكم المستأجر يخالف حكم غير المستأجر، فيجعل كل بعض من حيث الحكم بمنزلة دابة على حدة، كما في باب الرهن: إذا كان بعض الرهن مضمونًا، وبعضه أمانة يعتبر كل بعض في حق الجناية عليه بمنزلة عبد على حدة؛ لأن حكم الأمانة يخالف حكم المضمون، كذا هاهنا.

---

(١) في أ: آجر.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ز: يملك شيئا.
(٤) سقط في أ.

وإذا كان كل بعض بمنزلة دابة على حدة من حيث الحكم، جعل [كأنه][(١)] كان عنده دابتان، أحدهما مستأجرة، والأخرى غير مستأجرة، وقد حمل على المستأجرة عشرة مخاتيم، وعلى غير المستأجرة مختومًا، وهناك لا يصير شيء من المستأجرة مضمونًا مملوكًا للمستأجر كذا هاهنا، فهو معنى قولنا: الجزء المضمون ليس بمملوك للمستأجر، والتقريب ما ذكرنا[(٢)].

وأما يضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة؛ لأن الدابة تلفت بسبب الثقل وثقل العشرة من ذلك مأذون فيه، وثقل الجزء الحادي عشر غير مأذون فيه.

قالوا: تأويل المسألة من وجهين:

أحدهما: إذا كانت الدابة تطيق حمل ما زاد، [وكانت تسير مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق، يضمن جميع قيمتها على قياس مسألة تأتي بعد هذا.

والثاني: أن يحمل عليها][(٣)] أحد عشر مختومًا دفعة واحدة أما إذا حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، ثم حمل عليها مختومًا، وعطبت الدابة، يضمن قيمتها بتمامها، إذا حمل الحادي عشر في المكان الذي حمل العشرة، أما إذا حمل في مكان آخر جناتكه يقتراك برًا ويخت، يضمن بقدر الزيادة على قياس مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا استأجر ثورًا ليطحن به[(٤)] عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختومًا، وتلفت الدابة، أو استأجر ليكري به جريبًا، فكرى جريبًا ونصفًا، وهلك الثور، فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن الطحن [يكون][(٥)] شيئًا فشيئًا، فكلما طحن عشرة انتهى العقد، فبعد ذلك هو في طحن[(٦)] الحادي عشر

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ذكر.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في ز: فكان.
(٤) في أ: بها.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ: الطحن.

مخالف من كل وجه، فيضمن جميع قيمتها، كما لو طحن عليها قفيزًا ابتداء، أما الحمل يكون دفعة[١] واحدة، وبعض المجهول مأذون فيه، فلا يضمن بقدره[٢].

روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - فيمن استأجر دابة ليحمل عليها حنطة مسماة الكيل، فحمل عليها أكثر مما سمى، وسلمت ثم نفقت في يده بعد ذلك من غير ذلك، فإنه ضامن بحصة الزيادة.

❊ ❊ ❊

(١) في ز: بدفعة.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٥٦٨).

نوع آخر: قال: وإذا استأجر دابة ليركبها، فركب هو وحمل مع نفسه آخر، إن سلمت الدابة، فعليه الأجر كاملاً؛ ولا ضمان، أما لا ضمان فظاهر، وأما فعليه الأجر كاملاً؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يهلك شيء من المستأجر؛ لأنه لا ضمان لما سلمت الدابة، ولو ثبت الملك بالضمان، وإن هلكت الدابة من ركوبهما بعدما بلغا المكان المشروط، فعليه الأجر كاملاً وضمن نصف قيمة الدابة، وإنما ضمن نصف القيمة؛ لأن الدابة تلفت من ركوبهما، فيكون التالف بركوب كل واحد منهما النصف، وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه، فيعطى لكل ركوب حكم نفسه، ويكون للمالك في ذلك الخيار، إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الغير.

فإن ضمن المستأجر، لا يرجع على ذلك الغير مستأجرًا وإن كان مستعيرًا لا يرجع[(١)] عليه، ثم في حق الضمان يستوي أن يكون ذلك الغير أخف أو أثقل؛ لأن العبرة في باب الركوب للعدد؛ لأن التلف لا يحصل بالثقل؛ لأن رب نحيف ركوبه يفسد الدابة، لقلة هدايته بأمر الركوب؛ لحركاته[(٢)] واضطرابه، ورب جسيم على الدابة لا يفسدها لهدايته بأمر الركوب وقلة حركاته واضطرابه على الدابة؛ فسقط اعتبار الوزن في الراكب، وبقيت العبرة للعدد[(٣)].

قالوا: وإنما يضمن نصف قيمة الدابة إذا كانت تطيق ركوب اثنين، أما إذا كانت لا تطيق ركوب اثنين يضمن قيمة الدابة جميعها؛ لأن ركوبهما والحالة هذه.

قيل: معنى إن كان ركوبًا صورة[(٤)]، والعبرة للمعنى، وإنما كان على المستأجر الأجر كاملاً وإن ضمن نصف القيمة وصار نصف الدابة ملكًا له بالضمان؛ لأن القدر المضمون ليس بمستأجر؛ لأن المستأجر من هذه الدابة قدر ركوبه؛ لأن المعقود

---

(١) في أ: يجب.
(٢) في ز: وكثرة حركاته.
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٥٦٨).
(٤) في أ، ز: ضرورة.

عليه مقدر بالعمل، فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجرًا وما زاد على ذلك غير مستأجر، والتقريب ما ذكرنا.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - أوجب في هذه المسألة نصف القيمة مطلقًا، وذكر في الجامع الصغير فيمن استأجر دابة إلى القادسية فأردف رجلاً خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة.

وذكر في الجامع الصغير أيضًا بعد مسألة القادسية بكثير واعتبر فيها الحزر والظن.

وفي القدوري يقول: المستأجر يضمن النصف، سواء كان الثاني أخف أو أثقل.

قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله -: وحاصل ذلك: أن يعتبر الحزر والظن، فإن أشكل يعتبر الوزن، وإن حمل عليها مع نفسه صغيرًا لا يمكنه استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد؛ لأن الصغير إذا كان بهذه الصفة، فحمله وحمل شيء آخر سواء، ولو حمل عليها مع نفسه شيئًا آخر، وتلفت الدابة ضمن بقدر الزيادة، وطريق معرفة الزيادة في ذلك أن يحزر القاضي الراكب ويزن ما حمل مع نفسه أو يرجع في ذلك إلى من له بصارة معروفة أن هذا الحمل لم يزد على قدر ركوبه، كذلك هاهنا.

ثم إذا ركب وحمل عليها مع نفسه حملاً إنما يضمن بقدر ما زاد إذا ركب في غير مكان الحمل؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل لا يجتمعان في مكان واحد، فيبقى موافقًا في البعض مخالفًا في البعض، فيضمن بحساب ما خالف، فأما إذا ركب على مكان الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل يجتمعان في مكان واحد، فيكون أدق على الدابة. فعلى قياس هذه المسألة نقول:

إذا استأجر دابة ليركبها، فركبها وحمل على عاتقه غيره، يضمن جميع قيمة الدابة، وهذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركب عليها مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق ذلك يجب جميع الضمان في الأحوال كلها.

وإذا استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق عشرين

مختوما وأمر المكاري أن يحمل عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلا إذا هلكت الدابة، ولو حملاه جميعا المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة، ضمن المستكري ربع القيمة وإن كانت في حق الغير فحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعاهما على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيئا ويجعل حمل المستأجر مما كان مستحقا له بالعقد.

وإذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن بحساب ذلك؛ لأن في الفصل الأول ما زاد من الثياب ليس بداخل تحت الإجارة أصلاً لا عرفًا ولا شرطًا، فيضمن بحساب ذلك، كما لو حمل عليها شيئًا آخر.

وإذا استأجر دابة ليركبها فلم يركب بنفسه بل أركب غيره، ضمن قيمة الدابة؛ لأن ركوب غيره ليس بداخل تحت العقد؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب.

وفي الأصل: إذا تكارى الرجل من غيره دابة ليحمل عليها إنسانًا بأجر معلوم، فحمل عليها امرأة ثقيلة، فعطبت الدابة، فإن كانت الدابة بحال تطيق حملها، فإنه لا ضمان؛ فإنه حمل عليها إنسانًا كما سمى في العقد؛ لأن اسم الإنسان يقع على الرجل والمرأة جميعا وعليه الأجر استحسانًا؛ لأنه استأجرها للركوب ولم يبين الراكب فوقعت الإجارة فاسدة. فإذا أركب إنسانًا انقلبت الإجارة جائزة استحسانًا. فإن كانت الدابة بحال لا تطيق حملها يكون ضامنًا؛ لأن الدابة إذا كانت لا تطيق حملها كان حملها عليه إتلافًا لا حملاً، والإتلاف لم يدخل تحت الإذن.

إذا استأجر دابة ليركبها، فحمل عليها صبيًّا صغيرا لا يستمسك بنفسه على الدابة بمنزلة الحمل؛ ألا ترى أن من استأجر دابة ليركبها فأردف مع نفسه صغيرًا لا يستمسك نفسه على الدابة ضمن بقدر ثقله، ولو أردف مع نفسه من يستمسك نفسه على الدابة ضمن نصف القيمة، فثبت أن وضع الصبي على الدابة حمل، وليس بإركاب، والحمل مع الركوب جنسان مختلفان، فصار به غاصبًا.

نوع آخر: وإذا استأجر حمارًا بسرج، فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر، فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع؛ لأنه موافق في البعض صورة ومعنى؛ لأنه أسرج كما شرط في العقد، إلا أن هذا السرج أثقل من الذي شرط في العقد، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا. فإن كان السرج الثاني أخف من الأول، أو مثله فلا ضمان؛ وإن أوكفه بإكاف هو أثقل ضمن بقدر الزيادة، وإذا استأجر حمارًا بإكاف ليركبه، فنزع الإكاف وأسرجه، فلا ضمان؛ لأن السرج أخف على الدابة من الإكاف، فلم يكن هذا خلافًا معنى.

ولو استأجر حمارًا ليركبه فحمل عليه مكان السرج إكافا وركبه، فهو ضامن. هكذا ذكر في الجامع الصغير.

قالوا: وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: هو ضامن بقدر ما زاد وذكر في الأصل وقال: هو ضامن بقدر ما زاد ولم يذكر الخلاف.

فمن مشايخنا من قال: لا اختلاف بين الروايتين عن أبي حنيفة، فإنه ذكر في الجامع الصغير أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - هو ضامن ولم يذكر أنه ضامن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، فصار ما ذكر في الأصل تفسيرًا لما ذكر في الجامع الصغير.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان:

على قول أبي حنيفة على رواية الأصل: يضمن بقدر ما زاد، وهو قولهما.

وعلى رواية الجامع الصغير: يضمن جميع القيمة، وهذا إذا كانت لا توكف أصلاً أو لا توكف بمثل هذا الإكاف؛ يضمن جميع القيمة في قولهم جميعًا.

وكان الفقيه أبو بكر - رحمه الله - يوفق بين الروايتين، ويقول: رواية الجامع الصغير محمولة على دابة لا تصلح للإكاف. ومن المشايخ من قال: لم يوفق بين

الروايتين من هذا الوجه، وذكر لكل رواية وجهًا.

وجه ما ذكر في الأصل: وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: أن المستأجر فيما صنع، موافق في البعض صورة ومعنى؛ لأن الإكاف والسرج جنس واحد؛ لأن كل واحد منهما آلة الركوب، وكل واحد منهما متخذ من الخشب، إلا أن الإكاف أثقل من السرج، فكان بمنزلة ما لو حمل عليها سرجًا آخر أثقل من السرج المأمور به.

وجه ما ذكر في الجامع الصغير وهو الأصح: أنه مخالف في الكل[١] صورة ومعنى، أما صورة؛ فلأن الإكاف غير السرج صورة واسمًا وهيئة.

وأما معنى: فلأن الإكاف أثقل من السرج على الدابة، فكان مخالفًا صورة ومعنى؛ فيضمن جميع قيمة الدابة إذا هلكت من ذلك قياسًا على ما إذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيرًا، فحمل عليها مثل ذلك الكيل حنطة.

ولو استأجر حمارًا عريانًا فأسرجه وركبه فهو ضامن. قال مشايخنا - رحمهم الله -: إذا استأجره من موضع إلى موضع لا يمكن الركوب بالإسراج يثبت دلالة، وكذلك لو استأجره ليركبه في المصر، والمستأجر ممن لا يركب في المصر عريانًا فعليه الضمان؛ لأنه لم يثبت الإذن بالإسراج في حقه لا نصًا ولا دلالة، ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، لا ذكر لهذه المسألة في الأصل.

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يضمن بقدر ما زاد كما لو ركبها وأركب مع نفسه غيره.

وبعضهم قالوا: يضمن جميع القيمة، وهو الصحيح؛ لأنه بما صنع مخالف في الكل صورة ومعنى، أما صورة فلأنه أمره أن يركبها عريانًا وقد ركبها مع السرج، وأما معنى فلأن الركوب على السرج أثقل وأضر بالدابة؛ لأن ثقل الراكب والسرج يجتمعان في مكان واحد فكان أدق لظهر الدابة، بخلاف ما إذا ركب وأركب مع

---

(١) في ز: كل.

نفسه غيره؛ لأن ثقل الآخر لم يجتمع في المكان الذي ركبه بنفسه.

ولو استأجر دابة بغير لجام وألجمها، لا ضمان عليه؛ إذا كانت [دابة][(١)] تلجم مثلها؛ لأن اللجام في الأصل وضع لضبط الدابة عن السير، فلا بد للراكب من ذلك إذا كانت دابة تلجم مثلها، فيصير مأذونًا بالإلجام، حتى لو كانت دابة لا تلجم يصير ضامنًا لإمكان الضبط من غير لجام، ولو كان عليها لجام فأبدله بلجام آخر، فلا ضمان. هكذا ذكر القدوري في شرحه.

* * *

(١) سقط في ز.

نوع آخر: قال محمد - رحمه الله -: إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة [بدرهم][(١)]، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة، فنفقت فهو ضامن. وكذلك العارية، هكذا ذكر في الجامع الصغير.

قيل: هذا إذا استأجرها أو استعارها إلى الحيرة ذاهبًا لا جائيًا. فأما إذا استأجرها أو استعارها إلى الحيرة ذاهبًا وجائيًا فإذا ردها إلى الحيرة، ونفقت لا ضمان عليه، وهذا التفصيل على هذا الوجه مذكور في الشروط والنوادر.

وقيل: هو ضامن في الوجهين، وإليه أشار في الجامع الصغير حيث أطلق المسألة إطلاقًا، وكتبت المسألة أن المستأجر والمستعير، إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق هل يبرأ عن الضمان؟

فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يبرأ كالمودع. وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب العارية.

وبعضهم قالوا: لا يبرأ بخلاف المودع، وإليه أشار محمد - رحمه الله - [في كتاب العارية][(٢)] في الجامع الصغير.

وهكذا أطلق المسألة في القدوري.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله -: أن المستأجر يبرأ بالعود إلى الوفاق.

وصورة ما ذكر ابن سماعة: رجل استأجر من آخر دابة أيامًا معلومة، يركبها[(٣)] في المصر، فخرج عليها من المصر ثم ردها إلى المصر في تلك الأيام، فنفقت في يده، لم يضمن بمنزلة المودع.

وجه قول من فرق بينهما: إذا استعار أو استأجر ذاهبا وجائيا، وبين ما إذا استأجر

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: يركب عليها.

أو استعار ذاهبًا لا جائيًا فإذا جاوز الحيرة لم ينته العقد، فإذا عاد إلى الحيرة عاد وعقد الإجارة وعقد الإعارة باق والمستأجر والمستعير كل واحد منهما مأمور بالحفظ بمقتضى الإجارة والعارية؛ لأنهما لا يمكنهما استيفاء المنفعة إلا بالحفظ، فما بقي العقد يبقى الأمر بالحفظ، فإذا عاد إلى الوفاق، وجب أن يبرأ عن الضمان؛ لأن الأمر بالحفظ في حق المودع مطلق، فيتناول كل زمان، وبعدما خالفه[1] دخل العين في ضمانه لم يقع الأمر بالحفظ؛ لتضرر المأمور به بعد ذلك، فإذا عاد إلى الوفاق عاد الأمر بالحفظ والعقد باق، فصار ممتثلاً والتقريب ما مر.

وإذا استأجر أو استعار ذاهبًا لا جائيًا فإذا جاوز بها إلى الحيرة انتهى العقد نهايته، فإذا انتهى الأمر بالحفظ؛ لأن الأمر بالحفظ إنما يثبت بمقتضى الإجارة والعارية، فيرتفع بارتفاع الإجارة والعارية، فإذا عاد إلى الحيرة عاد والأمر بالحفظ ليس بقائم، فلا يصير ممتثلاً أمر المالك، فلا يعود أمينًا بخلاف المودع؛ لأن الأمر بالحفظ في الوديعة ثابت مقصودًا وإنه مطلق فيتناول كل زمان، والتقريب ما مر.

وجه قول من سوى بينهما أن المالك ما أمر المستعير والمستأجر بالحفظ مقصودًا إنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع وإنما يثبت لهما ولاية الحفظ تبعًا للاستعمال لا بأمر ثابت من جهة المالك، فإذا جاوز الحيرة صار غاصبًا للدابة، ودخلت في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد إما على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ولم يوجد هاهنا ذلك. والصدر الشهيد - رحمه الله -: كان يميل إلى القول الثاني.

وغيره من مشايخ زماننا كانوا يميلون إلى القول الأول.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في النوادر رواية أخرى: أنه إذا استعار أو استأجر ذاهبًا لا جائيًا يبرأ عن الضمان؛ لأنه إذا استأجر أو استعار ذاهبًا لا جائيًا فالرد يكون على المالك، ويكون المستأجر في هذه المسألة بمنزلة الغاصب، والغاصب لا

(١) في ز: خالف و.

يبرأ إلا بالرد على المالك أو من هو قائم مقام المالك، فأما إذا استأجر ذاهبًا لا جائيًا فالرد يكون على المالك، فيكون المستأجر والمستعير بمنزلة المودع، فيبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق.

وفي القدوري: وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيمن استأجر دابة إلى مكان معلوم، فلما سار بعض الطريق ادعاها لنفسه، وجحد أن يكون استأجرها، وصاحب الدابة يدعي الإجارة: فإن نفقت من ركوبه، فلا ضمان، وإن نفقت من ركوبه قبل أن يركب، ضمن ولو انتقضت المسافة فجاء بها ليردها على صاحبها، فتلفت، وجب الضمان، فقد جعلاه ضامنًا بالجحود، ثم أسقطا عنه الضمان بالركوب، وهذا يقتضي أن تكون يد المستأجر قائمة مقام يد الآجر.

وعلل محمد - رحمه الله - لهذا فقال: لأنه ليس لرب الدابة أخذها منه، فلم يكن بجحوده مانعًا حقه. بخلاف المودع إذا جحد الوديعة؛ لأن هناك لصاحبها أخذها فبالجحود منعها منه، ثم عقب هذا التعليل فقال: لو انكسرت أو ضعفت حتى لا يمكن ركوبها ضمن قيمتها منكسرة، وعاطبة؛ لأن الرد واجب إذا كانت الدابة بهذه الصفة، فتعلق بالجحود الضمان كما في الوديعة.

وذكر في المنتقى برواية ابن سماعة عين هذه المسألة، وأجاب على التفصيل الذي ذكره القدوري: أن الدابة إن هلكت قبل الركوب ضمنها، وإن ركبها وهلكت من ركوبه، فلا ضمان. ويخرج عن ضمان الغصب.

قال ثمة: ألا ترى أنه لو غصب من آخر دابة، ثم إن المالك أجرها منه إلى الكوفة بعشرة دراهم جاز، وبرئ عن الضمان إذا ركبها كذا ههنا، وهذا؛ لأن بجحود المستأجر الإجارة إن انفسخ العقد في حق المستأجر، وصار المستأجر غاصبًا العين لم ينفسخ في حق الآجر، فإذا ركبها إلى المكان المسمى وعقد الإجارة قائم في حق الآجر فإنما ركبها بحكم العقد في حق الآجر والضمان جميعًا.

استكرى دابة لمسيرة فرسخ، فسار عليها سبعة فراسخ فعليه من الكراء مقدار ما

شرط وفيما زاد على الفرسخ هو غاصب، فلا أجر عليه. ولو أرضى صاحب الدابة كان له خيرًا في الأجرة؛ لأنه تقاص في الأجرة بالحساب[١].

استأجر حمارًا ليحمل عليه وقر حنطة إلى المدينة، فحمل الحنطة إلى المدينة وباعها، وانصرف إلى منزله، فوضع على الحمار مقدار قفيز من الملح، فأخذه مرض في الطريق، فمات، فعليه ضمان الحمار إذا حمل عليه الملح بغير إذن صاحبه؛ لأنه صار غاصبًا بذلك[٢]، فدخل في ضمانه.

استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يومًا إلى الليل، فكان يحمل الحنطة إلى منزله، وإذا أراد الذهاب ثانيًا كان يركبها، فعطبت الدابة، ذكر عن أبي بكر الرازي - رحمه الله -: أنه يضمن؛ لأنه استأجرها للحمل بدون الركوب، فكان غاصبًا في الركوب.

قال أبو الليث - رحمه الله -: هو القياس، لكن في الاستحسان لا يضمن؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس كذلك فصار كأنه أذن له من طريق الدلالة، وإن لم يأذن بالإفصاح.

استأجر حمارًا ليحمل عليه اثني عشر وقرًا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، وكلما عاد من أرضه يحمل عليه وقرًا من اللبن، فإن هلك الحمار في الرجوع مع اللبن يضمن قيمة الحمار دون الأجر؛ لأنهما لا يجتمعان، ولو[٣] سلم الحمار حتى تم العمل، فعلى المستأجر تمام الدرهم، في كل وقر من التراب نصف دانق ويجوز أن يخالف في العمل ثم يجب الأجر المسمى، إذا سلمت الدابة عن ذلك العمل كما في مسألة فرسخ وسبعة فراسخ التي مرت.

وكمن استأجر دابة إلى موضع معين، فجاوز ثم عاد إلى الوفاق لا يعود أمينًا بل

---

(١) في ز: بالحسنات.
(٢) في ز: في ذلك.
(٣) في ز: وإن.

هو ضمين، حتى لو هلكت الدابة في طريق ذلك الموضع المعين، يضمن قيمتها، ثم إذا سلمت الدابة يجب تمام الأجر؛ وكذا لو استأجر دابة ليركب هو بنفسه إلى مكان كذا، فركب وأردف غيره صار غاصبًا في النصف إذا كانت الدابة مما تطيق مثلهما، ولو سلمت الدابة يجب تمام الأجر كذا ههنا.

ولو استأجر حمارًا ليحمل عليه كذا كذا حملًا، فزاد على ما سمى وحمل الحمولة إلى ذلك المكان، فلما وضع الحمولة وجاء بالحمار سليمًا، ضاع قبل أن يرده صاحبه، ينظر إلى مقدار ما زاد من الحمولة، فيضمن من قيمة الحمار بذلك القدر؛ [لأنه صار غاصبًا من الحمار بذلك القدر](١) فلا يبرأ عن ضمان ما صار غاصبًا منه إلا بالرد. رواه بشر عن أبي يوسف، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله -.

وهكذا ذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن من استأجر حمارًا من الكوفة إلى القادسية ذاهبًا وجائيًا فجاوز به القادسية، ثم عاد به سليمًا إلى الكوفة، فعليه نصف ما سمى من الأجر عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -؛ لأنه صار غاصبًا فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد.

وفي المنتقى: استأجر غلامًا شهرًا بعشرة في الخياطة فاستعمله في اللبن ليلبنه بعشرة فعطب في ذلك ضمن، وإن لم يعطب في ذلك حتى رده إلى الخياطة فعطب فيها فلا ضمان، قال: ولا يشبه هذا ما إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان.

وعن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة من مصر، فأمسكها في بيته فهلكت. قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك الناس ليتهيئوا أمورهم، فلا ضمان والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك خرجت من الإجارة، وهي مغصوبة [معلومة](٢) عنده.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

وفي فتاوى الفضلي: استأجر حمارًا وتركه على باب داره، ودخل المنزل [ليرجع إلى حبيسته][(١)]، فخرج فلم يجد الحمار. قال: إن غاب الحمار عن بصره ضمن، إلا أن يكون في موضع لا يعد هذا القدر من الذهاب تضييعًا مثل أن يكون في سكة غير نافذة، أو يكون في بعض القرى فحينئذ لا ضمان[(٢)].

ورأيت في بعض الفتاوى: إذا ربط الدابة المستأجرة على باب داره، ودخل داره ثم خرج ولم يجد الحمار، فهو ضامن إن غاب عن بصره من غير فصل. وإذا كان للمستأجر حماران فاستعمل على أحدهما فضاع الآخر، إن غاب عن بصره، فهو ضامن.

وفي فتاوى الأصل: استأجر حمارًا فضل في الطريق، فتركه ولم يطلبه حتى ضاع، قال: إن ذهب الحمار من حيث لا يشعر به، وهو حافظ له فإذا علم وطلبه ولم يظفر [به][(٣)]، فلا ضمان عليه. وكذلك لو لم يطلبه، وكان آيسًا من وجوده، لو طلب بالقرب في حوالي الموضع الذي ذهب منه لا ضمان؛ لأن المطلوب من الأمين الحفظ، وقد ذهب الحمار ههنا من غير ترك حفظ، وإن ذهب وهو يراه ولم يمنعه، فهو ضامن، يريد به إذا غاب عن بصره؛ لأنه لما لم يمنعه، فقد قصر في الحفظ فيصير ضامنًا. وعلى هذا مستأجر الحمار إذا جاء بالحمار إلى الخباز، وترك الحمار واشتغل بشراء الخبز فضاع الحمار، إن غاب عن بصره فهو ضامن، وإن لم يغب عن بصره فلا ضمان.

وفي فتاوى الفضلي: إذا استأجر حمارًا وربطه على رأى في سكة نافذة، وهناك قوم ليسوا من عيال المستأجر، ولا من أجرائه فسرق الحمار، فإن كان المستأجر لم يستحفظهم ضمن لتركه الحفظ الواجب عليه. وإن كان استحفظهم أو بعضهم وقبلوا حفظه ولم يكن اشترط ركوب نفسه في عقد الإجارة، وكان الأغلب في ذلك

(١) في المحيط: ليرفع خشبة الحمار.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٥٨٠، ٥٨١)، مجمع الضمانات، ص (١٧).
(٣) سقط في ز.

الموضع أن يؤم من يحفظ فيه لا يكون إضاعة لها، لم يضمن؛ لأنه ليس بمضيع ولا تارك الحفظ. وإن كان الموضع موضعًا يؤم من يحفظ الدواب، يكون إضاعة لها فهو ضامن. هذا إذا لم يستحفظهم، فأما إذا استحفظهم وقبلوا حفظه، فالضمان على الذي قبل الحفظ لا على المستأجر؛ لأن الذي قبل الحفظ هو المضيع.

هذا كله إذا لم يشترط المستأجر ركوب نفسه، وأما إذا اشترط ركوب نفسه ليس له أن يودعها من أجنبي؛ لأنه ليس له أن يعيرها[١] أو يؤجرها من غيره. ومن ليس له الإجارة، ليس له الإيداع؛ لأن الإعارة والإجارة نوع ائتمان فإذا لم يشترط ركوب نفسه فله أن يودع؛ لأن له أن يعير ويؤاجر ومن له أن يعير ويؤاجر فله أن يودع.

ومن هذا الجنس: رجل استأجر حمارًا واستأجر رجلًا؛ ليحفظ الدابة فهلكت الدابة في يد الأجير، إن كان المستأجر استأجر لنفسه يضمن. وإن لم يسم الراكب، فلا ضمان. والمعنى ما ذكرنا.

وفيه أيضًا: استأجر حمارًا ليحمل عليه إلى المدينة، فحمل وساقه في طريق المدينة، ثم تخلف لحاجة بول أو غائط أو حديث مع غيره، فذهب الحمار قبله وعطب[٢]، فإن لم يبعد عنه الحمار ولم يتوار عنه فلا ضمان. وإن توارى عنه فإنه[٣] ضامن؛ لأنه مضيع.

وفي فتاوى الأصل: مستأجر الحمار إذا أوقف الحمار وصلى الفجر فذهب الحمار وانتهب، فإن رآه ينتهب أو يذهب فلم يقطع الصلاة ضمن؛ لأنه ترك الحفظ الواجب مع القدرة عليه؛ لأن خوف فوات المال مبيح قطع الصلاة.

وفيه أيضًا: وسئل أبو بكر عن من أمر رجلًا أن يستكري له ويذهب إلى مكان كذا، على أن يوفي الآمر الأجرة، ففعل المأمور ذلك فأدخله رباطًا، فهجم عليه اللصوص في ذلك الرباط، واستولوا على الحمار قال: فإن كان الرباط على الطريق

---

(١) زاد في أ: يودعه لغيرهما، وإذا شرط ركوب نفسه.
(٢) في ز: فعطب.
(٣) في ز: فهو.

الذي كان يمر المستأجر عليه، فلا ضمان وعليه الأجر إن كان فرغ من استعماله؛ لأنه لم يخالف.

رجل استأجر رجلاً ودفع إليه حمارًا ليذهب إلى بلد كذا، ويشتري له شيئًا فذهب المأمور وأخذ السلطان حمر القافلة، فذهب بعض أصحاب الحمر في طلب الحمر، ولم يذهب البعض، وهذا الأجير لم يذهب أيضًا. قال: إن كان الذين ذهبوا لطلب الدواب منهم من وجد دابته، ومنهم من لم يجد دابته فلا يلزم من لم يذهب في ترك الذهاب بسبب ما لزم من ذهب من الشدة والمشقة فلا ضمان.

وفي فتاوى [الفضلي أيضًا](١): رجل استأجر من آخر حمارًا ليذهب به إلى موضع معلوم فأخبر أن في الطريق لصوصا، فلم يلتفت إلى ذلك الخبر، وذهب وأخذه اللصوص وذهبوا بالحمار. قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله -: إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم فلا ضمان، وإلا فهو ضامن؛ لأنه في الفصل الأول ليس بمضيع، وفي الفصل الثاني مضيع.

سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن جماعة أجر كل واحد منهم حماره رجلاً وأمروا رجلاً يذهب معه يتعاهد الدواب، فإنا لا نعرفه فذهب معه، فقال له المستأجر: قف هاهنا حتى أذهب أنا بحمار واحد وأحمل الجوالق فذهب بالحمار فلم يقدر على الحمار، فلا ضمان على المتعاهد لأنهم أمروه بتعاهد ما في يد الغير وهو المستأجر ولا يلزمه العدة.

ومن هذا الجنس في فتاوى النسفي وصورته: رجل استكرى دابة من القرية إلى المصر فبعث صاحب الدابة رجلا مع المستكري فاشتغل المبعوث في الطريق بأمر فذهب المستكري وحده وضاع الحمار من يده، فلا ضمان على الرجل المبعوث؛ لأن صاحب الدابة ما سلم الدابة إليه؛ وإنما تركها في يد المستكرى [منه وحده

---

(١) في ز: الأصل.

وضاع الحمار من يده إلى][1] الذي هو أمين صاحب الدابة، فإنه لا يوجب الضمان.

وفي فتاوى الفضلي: اكترى رجل حمارًا من بلدة كسرى إلى بخارى فبقي الحمار في الطريق وصاحب الحمار ببخارى فأمر المستكري رجلاً أن ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقدارًا معلومًا، وقاطعه أجرته إلى أن يقبض صاحب الحمار حماره، فأمسك الأجير الحمار أيامًا وأنفق عليه ثم علفه، ثم هلكت الدابة في يد الأجير.

ففي المسألة حكمان: حكم النفقة، وحكم الضمان، أما حكم النفقة: فقد مر من قبل، وأما حكم الضمان فإن كان المستكري اكتراه[2] لركوبه فهو ضامن قيمة الحمار؛ لأنه إذا اكتراه لركوبه فليس له أن يودع على ما مر من قبل هذا. وإن كان اكتراه للركوب فلم يسم الراكب فلا ضمان عليه؛ لأن له أن يودع في هذه الصورة.

وفي بعض الفتاوى: (خر كراي درراه بما يذكر كير يده دفت وخررا بما ند وحداوند بآخر يود) فأخذ اللصوص الحمار وذهبوا به، فلا ضمان على المستكري، وكذلك إذا كان المكاري مع الحمار إلا أن المستكري لم يكن معه، فذهب المكاري وترك الحمار وأخذ اللصوص الحمار فلا ضمان.

قالوا وهذا إذا لم يمكن المكاري حمل المتاع على دابة أخرى، وأما إذا أمكنه ولم يحمل، كان عليه الضمان.

وفيه أيضًا: وإذا دفع الرجل فرسه إلى رجل ليذهب إلى قرية ويوصله إلى ولده، فذهب به وسار مرحلة، ثم إنه سيب الفرس في رباط، ومضى لوجهه، فجاء رجل من أهل تلك القرية، فمر على الرباط فعرف الفرس فاستأجر رجلا ليذهب به إلى تلك القرية، فذهب الأجير بالفرس فهلك الفرس، فضمان الفرس على من يجب؟

قال: لا شك أن الأول ضامن بتسيبيه، وأما المستأجر[3] الذي ذهب بالفرس إلى منزله، إن كان لم يأخذ الفرس فلا ضمان عليه؛ لأنه لم تثبت يده على الفرس، وإن

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: استكراه.
(٣) في ز: مستأجر الأجير.

أخذه ثم دفعه إلى الأجير، فإن أشهد أنه أخذه ليرده على صاحبه، وكان الأجير ممن في عياله لا ضمان أيضًا؛ لأن الملتقط بالإشهاد يصير أمينًا، وللأمين أن يدفع الأمانة إلى من في عياله، ويحفظه في عياله بيده. وإن ترك الإشهاد أو أشهد الأجير لم يكن في عياله ضمن؛ لأنه صار غاصبًا بالأخذ من غير إشهاد أو صار ضامنًا بالدفع إلى من ليس في عياله، وأما الأجير فهو ضامن على كل حال؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، لا على وجه الحسبة، هكذا ذكر.

وهذا الجواب في حق الأجير مشكل إذا كان المستأجر أشهد على نفسه أنه أخذ ليردها على المالك، والأجير في عيال المستأجر. وإن سلم الفرس في ذلك الرباط إلى ابن أخ صاحب الفرس، لا يبرأ عن الضمان. وإذا ضمن الأجير، لا يرجع بما ضمن على المستأجر بخلاف المودع والمستأجر، فإنهما يرجعان بما ضمنا على المودع والمؤاجر؛ لأنهما يمسكان العين لصاحب العين.

أما المودع فظاهر، وأما المستأجر فلأن صاحب العين يستحق عليه الأجرة بهذا الإمساك فلهذا[1] عين، والمستأجر يستحق المنفعة والعين خير من المنفعة، فكانا عاملين لصاحب العين في إمساك العين، فيرجعان بما لحقهما من الضمان على صاحب العين، فأما الأجير فإنما يمسك العين لنفسه؛ لأنه بهذا الإمساك يستحق الأجر على صاحب العين بمقابلة نفسه، فكان في هذا الإمساك عاملاً لنفسه، فلا يرجع بما لحقه من المغرم على غيره.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل استأجر حمارًا لينقل آلات من خربة، وأخذ في النقل، فانهدمت الخربة وهلك الحمار، فإن انهدمت من معالجة المستأجر ضمن قيمة الحمار؛ لأنه[2] تلف بصنعه، وإن انهدمت من غير معالجة بل لرخاوة فيها ولم يعلم المستأجر به فلا ضمان؛ لأنه لم يتلف بصنعه، ولا قصر في

---

(١) في ز: ولهذا.
(٢) في ز: لأن الحمار.

حفظه.

وفيه أيضًا: اكترى حمارًا ليحمل عليه الشوك، فدخل في سكة فيها نهر، فبلغ موضعًا ضيقًا، فضرب الحمار فوقع الحمار في النهر مع الحمل، فاشتغل المستأجر بقطع الحبل فهلك الحمار، إن كان المكان بحال لا يسير فيه مثل ذلك الحمار، فهو ضامن؛ لأنه عرض الحمار للتلف، وإن كان الحمار يسع في ذلك الموضع مع الحمل، إن عنف في الضرب حتى وثب الحمار بضربه يصير ضامنًا أيضًا، لما ذكرنا، وإن وقع لا من ضربه فلا ضمان [عليه][1]؛ لأنه لم يتلفه لا بمباشرة ولا تسببًا.

وفيه أيضًا: استأجر حمارًا لينقل عليه الحطب من الكرم، وكان ينقل عليه الحطب ويوقره كما يوقر مثله، فصرم الحمار على حائط ووقع في النهر وهلك، إن لم يعنف عليه في السوق، بل ساق مثل ما يسوق الناس بمثل ذلك الحمل في ذلك الطريق، فلا ضمان؛ لأنه ما تلف بفعله، وإن كان بخلافه، فهو ضامن.

رجل استأجر حمارًا وقبضه فأرسله في كرمة وتركه، فسرقت بردعته فأصابه البرد، فمرض فرده على صاحبه مع ذلك المرض، إن كان الكرم حصينًا والبرد بحال لا يضر بالحمار، لو كان عليه البردعة لا ضمان عليه؛ لأنه لم يقصر في حفظهما؛ لأنهما محفوظان البردعة محفوظة عن السارق بحصن الكرم، والحمار محفوظ عن البرد بالبردعة.

وإن كان الكرم غير حصين، والبرد بحال يضر بالحمار مع البردعة، ضمن قيمتها. أما ضمان البردعة فبتضييعه وتركه الحفظ الواجب عليه، وأما ضمان الحمار؛ لأن إرساله في برد مهلك بمنزلة إلقائه في النار وذلك استهلاك، فلا يبرأ بالرد إلى المالك عن شيء من ضمانه، كما لو خرج المغصوب ثم رده إلى المالك،

---

(١) سقط في ز.

فمات من ذلك. بخلاف ضمان الغصب. وإن كان البرد بحال يضر بالحمار مع البردعة [والكرم حصين، فعليه قيمة الحمار دون البردعة][١]؛ لأنه أتلف الحمار دون البردعة، ولو كان الكرم غير حصين وكان بحال لا يخاف التلف على الدابة مع بردعته فهو ضامن لقيمة البردعة، وهو نقصان الحمار وقت الرد على صاحبه؛ لأنه بمنزلة الغاصب للحمار حين أرسله في الكرم، وإذا سلمه إلى صاحبه برئ من الضمان بقدر ما رد، وتقرر عليه ضمان النقصان بموت الحمار.

* * *

(١) سقط في ز.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات:

هشام عن محمد- رحمه الله -: استأجر غلامًا من رجل سنة، كل شهر بعشرة دراهم، وقبض العبد، فلما مضى نصف السنة جحد المستأجر أن يكون استأجر العبد، وقيمته يوم جحد ألفا درهم، فمضت السنة وقيمته ألف درهم، ثم مات العبد. قال: الإجارة لازمة، ويلزمه أجر جميع السنة، ويضمن قيمة العبد بعد السنة.

قال هشام: قلت لمحمد- رحمه الله -: كيف اجتمع الأجر والضمان؟ قال محمد: لم يجتمعا.

فسر هشام ذلك، فقال: الأجر وجب لاستعماله العبد في السنة، والضمان وجب بعد مضي السنة؛ لأن بعد مضي السنة وجب عليه رد العبد على المالك، فوجب الضمان واختلف سبب وجوبهما واختلف الزمان، فكيف يظهر الاجتماعان؛ وعلى قياس قول [محمد و](١) أبي يوسف - رحمهما الله -: ينبغي أن يلزمه الأجر قبل الإنكار، فيبطل عنه الأجر بعد الإنكار.

استأجر قميصًا ليلبسه ويذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع، ولبسه في منزله.

قال أبو بكر- رحمه الله -: هو مخالف ولا أجر عليه.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: عندي أنه [غير](٢) مخالف، وعليه الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير، فلا يصير به ضامنًا، فلا يسقط الأجر؛ لأن الأجر مقابل بمنفعة اللبس دون الحمل إلى ذلك المكان وإنما ذكر المكان استئذانا من الآجر لو اتفق الذهاب إليه، فكان تعيين المكان لازمًا في حق الآجر دون المستأجر.

قال أبو الليث - رحمه الله -: وهذا بخلاف ما لو استأجر دابة ليذهب إلى موضع

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

كذا، فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف؛ لأن في الدابة تجوز الإجارة إلا أن يبين المكان، وفي الثوب يحتاج إلى بيان الوقت دون المكان، فوقعت الإجارة في الدابة على المكان المذكور، والركوب في المصر ليس خلافًا إلى خير فصار مخالفًا، أما ههنا بخلافه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل جاء بدابته إلى بيطار، وقال: انظر فيها فإن بها علة فنظر فيها فقال: تحت أذنها علة، يقال لها: فارة يعني فأمره صاحب الدابة بإخراجها، فأخرج ذلك بأمر صاحب الدابة وماتت الدابة، فلا ضمان على البيطار؛ لأنه مأذون فيه.

وفي المنتقى: رجل قال لصيرفي: انقد لي عشرة دراهم بكذا، ففعل ثم أدخل صاحب الدراهم فيها زيوفًا أو ستوقًا، فلا ضمان على الصيرفي؛ لأنه لم يبطل عليه حقًا، ولكن يرد من الأجر بحساب ما وجد زائفًا، حتى إن في مسألتنا يرد عشر الأجر، ولو وجد الكل زيوفا يرد كل الأجر؛ لأنه لم يوف المعقود عليه بذا القدر.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله -: إذا أخذ من له الدراهم دراهمه ممن عليه، وقد انتقدها الناقد، ثم خرج بعض الدراهم زيوفًا أو ستوقًا فلا ضمان على الناقد؛ ولكن يرد القابض الزيوف على الدافع، فإن أنكر الدافع وقال: ليس هذا من دراهمي، فالقول قول القابض؛ لأنه لو أنكر القبض أصلاً كان القول قوله، فكذا إذا أنكر القبض فيما عدا هذا.

سأل وراقًا أن يكتب له جامع القرآن وينقطه ويعشره ويعجمه، وأعطاه الكاغد والحبر، وشرط له أربعين درهمًا، فكتب وترك بعض العواشير وأخطأ في النقط، قال: إن فعل ذلك في كل ورقة فالدافع بالخيار، إن شاء أخذ المكتوب وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به أربعين درهما، وإن شاء ترك المكتوب وضمنه مثل بياضه وحبره.

وإن كان الوراق وافقه في بعضه وخالفه في بعضه، أخذ وأعطاه حصة ما وافق من

المسمى، وحصة ما خالفه من أجر المثل؛ لأنه فيما وافق جرى على موجب العقد، فاستحق حصته من المسمى، وفيما خالف لم يجرِ على موجب العقد من كل وجه، فكأنه عمل بإجارة فاسدة فيستحق أجر المثل.

ولو دفع إلى صباغ ثوبًا، وأمره أن يصبغه بزعفران أو ببقم، فخالف فصبغه غير ما سمى، إلا أنه من ذلك الصبغ يريد بأنه لم يشبع صبغه، وقد كان أمره صاحب الثوب أن يشبعه، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه[١] أبيض، ويسلم له الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله، لا يزاد به على المسمى.

في الأصل وفي القدوري: إذا أمر إنسانًا أن ينقش اسمه في فص خاتمه، فغلط ونقش اسم غيره، ضمن الخاتم؛ لأنه فوت عليه الغرض المطلوب من الخاتم، وهو الختم به، فصار كالمستهلك له.

وفيه أيضا: لو أمره أن يحمر له بيتًا فخضره، قال: يعطيه ما زاد الخضرة فيه ولا أجر له؛ لأنه عمل ما لم يستأجر له، فلا يستحق الأجر، ولكن يعطيه من قيمة الصبغ ما زاد في البيت.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله -: في رجل استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة، قال: هو ضامن، يريد به أن يمكن في الأرض نقصان فلا أجر عليه، وهذا؛ لأن الرطبة لا تعرف نهايتها وضررها بالأرض ظاهر، وإنه مخالف ضرر سائر وجوه الزراعة، فصار غاصبًا فلا يجب الأجر.

قال محمد - رحمه الله - فيه أيضًا: في رجل دفع إلى خياط ثوبًا، وأمره أن يخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، وأقر بالخلاف، فلصاحب الثوب الخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه وترك القباء عليه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به المسمى، هكذا ذكر ههنا.

---

(١) زاد في ز: وإن.

وفي الأصل: وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا خيار لصاحب الثوب، والخياط ضامن قيمة ثوبه.

بعض المشايخ قالوا: أراد بالقباء القرطق الذي هو ذو طاق واحد، فإن هذا القباء يشبه القميص، فإن بعض الناس يستعملونه استعمال القميص، فكان موافقًا من وجه مخالفًا من وجه، وإن شاء رضي به باعتبار جهة الموافقة، وإن شاء تركه باعتبار جهة المخالفة إلا أن في الكتاب أطلق القباء إطلاقًا فدل على أن الحكم في الكل واحد.

وجه ما روى الحسن: أن الخياط مخالف من كل وجه؛ لأنه خالفه في جنس ما أمره، وإنه أمره بخياطة القميص، فكان مخالفًا من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه أنه متى قطع ثوب غيره، وخاطه يملكه بالضمان، ولا يبقى لصاحب الثوب الخيار، فكذا هذا.

وجه ظاهر الرواية وهو: أن الخياط فيما صنع موافق من وجه، مخالف من وجه، فيتخير كما لو خالفه في خياطة القميص من حيث الطول والقصر.

إلا أن عبارة مشايخنا اختلفت في إثبات الموافقة من وجه، والمخالفة من وجه:

منهم من يقول: إن خياطة القباء تشبه خياطة القميص من وجه من حيث الدخاريص والكمين وإن كان يخالف خياطة القميص فيما عدا ذلك. وإذا كان يوافق خياطة القميص من وجه، ويخالفه من وجه، كان موافقًا من وجه مخالفًا من وجه.

ومنهم من يقول: في إثبات المخالفة والموافقة من وجه، وصاحب الثوب أمره بإدخال الخيوط في ثوبه لخياطة القميص، وهذا أدخل الخيوط في ثوبه بخياطة القباء، فكان مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، والموافقة وإن قلت توجب إثبات الخيار حتى لا يلغو اعتبار الإذن والموافقة من وجه بخلاف ما لو غصب ثوبًا فقطعه وخاطه قباء؛ لأنه مخالف في القطع، وفي إدخال الخيوط في ثوبه، فكان مخالفًا من كل وجه، بخلاف ما نحن فيه.

ومنهم من يقول: إنه موافق في الخياطة، فإن الخيوط التي استعملها فيه داخل

تحت الإذن، وإنما حصل الخلاف في نفس القطع، والغاصب إذا قطع الثوب ولم يخطه لم يمنع صاحبه من الأخذ فكذلك هذا لا يمنع رب الثوب من أخذه، بخلاف الغاصب فإنه مخالف في القطع والخياطة، فكان مخالفًا من كل وجه، وقد استهلك الثوب وأحدث صنعة متقومة بغير أمره، فهو معنى قولنا: إنه موافق من وجه مخالف من وجه، وإذا كان موافقًا من وجه مخالفًا من وجه، كان لصاحب الثوب الخيار، إن شاء ترك القباء عليه، وضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى، هذا على قول من يقول: إنه يعطيه أجر المثل متى خالفه من وجه؛ لأن العقد يفسد بالخلاف من وجه ظاهر.

وعلى قول من يقول: يعطيه المسمى إذا رضي بالعيب، نقول: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا اختار [وأخذ][1] القباء ولم يرض بالعيب وله أن يأخذ القباء ولا يرضى بالعيب، ومتى كانت الحالة هذه، فإنه يعطيه أجر المثل، فأما إذا رضي بالعيب، يعطيه المسمى.

وسيأتي بيان القولين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن اخلتفا، فقال الخياط: أمرتني بهذا. وقال رب الثوب: أمرتك بقميص، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأن الأمر استفيد من جهته، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط؛ لأن الخياط أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه عنه، وهو الإذن وذلك غير ثابت، فهو ببينته يثبت ما ليس بثابت، وصاحب الثوب يثبت ما هو ثابت، وهو الضمان فكانت بينة الخياط أولى. ولو أمره بأن يخيط له قميصًا فخاطه سراويلاً، هل يتخير رب الثوب؟ فعلى قول العبارة الأولى في مسألة القباء لا يتخير؛ لأن السراويل لا يشبه القميص أصلاً؛ إذ ليس له كم ولا دخريص، وعلى قول العبارة الثانية والثالثة فإنه أقرب إلى الصواب؛ فقد روي عن محمد - رحمه الله - فيمن دفع إلى رجل شبها ليضرب له طستًا، فضرب له كوزًا، كان له أن يأخذه ويعطيه أجر المثل، فكذا

---

(١) سقط في ز.

في السراويل. وقد مرت مسألة السراويل.

قال: إذا دفع إلى حائك غزلًا لينسجه له سبعًا في أربع، يريد به أن يكون طوله سبعًا وعرضه أربعًا، فخالف، فهذا على وجهين:

إما أن يكون الخلاف من حيث القدر، أو من حيث الصفة، والخلاف من حيث القدر على وجهين: إما أن يكون إلى زيادة بأن حاك ثمانيا في أربع، أو إلى نقصان بأن حاك ستًا في أربع.

والخلاف من حيث الصفة على وجهين أيضًا: إما أن يكون من حيث الزيادة، بأن أمره أن ينسجه رقيقًا فنسجه صفيقًا، أو من حيث النقصان، بأن أمره، أن ينسجه صفيقًا فنسجه رقيقًا، في الفصول كلها صاحب العمل بالخيار، إن شاء ترك الثوب على النساج وضمنه غزلًا مثل غزله، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر، وإنما يخير صاحب الغزل؛ لأن النساج موافق في أصل العمل مخالف في الصفة في الفصول كلها.

أما إذا كان الخلاف من حيث الزيادة والنقصان في القدر، فكذلك مخالف في الصفة إن زاد في الذرع، فلأنه لو استعمل جميع الغزل بقدر ما أمر به كأن يجعل الثوب أضعف، وإذا زاد في الذرع يصير أرق بقدر ما أمر به وإن نقص عن القدر فلأنه لو استعمل الغزل في جميع ما أمر به كان يحصل الثوب أرق. وبسبب النقصان في الذرع يحصل الثوب [أصفق][1]، والصفاقة والرقة مقصودة في الثياب، فصح قولنا[2]: إنه موافق في أصل العمل مخالف في الصفة، فيتخير صاحب الثوب إن شاء مال إلى الخلاف، وجعله عاملاً بغير عقد وترك الثوب عليه، وضمنه غزله، وإن شاء مال إلى الوفاق وأخذ الثوب وأعطاه الأجر.

ولم يذكر محمد - رحمه الله -: أنه يعطيه المسمى أو أجر المثل.

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: قوله.

وقد اختلف فيه المشايخ، قال بعضهم: إنه يعطيه أجر المثل على كل حال، لا يجاوز به ما سمى إن كان أجر مثل عمله أكثر، وإن كان أقل أو مثل المسمى يعطيه ذلك.

وقال بعضهم: يعطيه المسمى إذا أخذ الثوب ورضي بالعيب، وإذا أخذ الثوب ولم يرض بالعيب، فإنه يعطيه أجر المثل لا يجاوز به ما سمى. وإلى هذا ذهب أبو بكر الأعمش، ومحمد بن سلمة - رحمهما الله -.

وجه ما قال بأنه يعطيه أجر المثل: أن الحائك مخالف من وجه موافق من وجه، باعتبار أصل العمل موافق، وباعتبار الصفة مخالف، والصفة في الغائب معتبرة؛ لأن الغائب بالصفة يعرف، ولو كان مخالفًا من كل وجه، بأن كان الخلاف في الجنس لا في الصفة كان العمل متعريًا عن العقد، ولو كان موافقًا من كل وجه في حق العمل والصفة جميعًا، كان العمل [موافقا لجهة العقد من كل وجه، فإذا كان مخالفًا من وجه][1] موافقًا من وجه، كان العقد قائما من وجه فائتا من وجه، والعقد إذا كان قائمًا من وجه غير قائم من وجه، فإنه يجعل عقدًا فاسدًا كما قالوا في بيع المقايضة: إذا هلك العوضان قبل القبض، فإن البيع يفسد؛ لأن البيع على القائم قائم من وجه، ينفسخ من وجه، فحكم بفساده على ما عرف في موضعه، فكذلك هنا، لما كان العقد قائمًا من وجه غير قائم من وجه يحكم بفساد الإجارة، والمستحق في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا ينقص عن المسمى، ولا يجاوز به المسمى. وإذا وجب أجر المثل على قول هذا القائل، فإن كان الخلاف من حيث القدر، يعتبر أجر المثل من العمل المأمور به وهو سبعة أذرع في أربعة، لا أجر مثل العمل الثاني به ثمانية أذرع في أربعة؛ لأن الزيادة على السبع حصل بغير عقد، فلا يجب زيادة أجر بسبب تلك الزيادة، ولكن لا يجاوز به المسمى كما في سائر الإجارات الفاسدة.

وإن كان الخلاف من حيث النقصان والقدر، فإنه يعطيه أجر مثل ما عمل مقدرًا

(١) سقط في ز.

بحصته من المسمى؛ لأن بعض المسمى قد سقط؛ لأنه أتى ببعض العمل ولم يأت بالبعض فتسقط حصة ما لم يعمل من المسمى، ويبقى بعض المسمى، فينظر إلى أجر مثل عمله فيما عمل، وإن كان أقل أو مثل حصة الباقي من المسمى [فينظر إلى أجر مثل عمله فيما عمل](١) فإنه يعطيه ذلك، وإن كان زيادة يعطيه بقدر حصته من المسمى، ولا يجاوز به، وإن كان الخلاف من حيث الصفة، إن كان من حيث الزيادة فإنه يعطيه أجر مثل عمله بقدر العمل المأمور به، ولا تعتبر الزيادة؛ لأن الزيادة حصلت بغير عقد، فإن كان ذلك المسمى يعطيه ذلك، وإن كان أكثر من ذلك، لا يجاوز به المسمى.

وإن كان من حيث النقصان: فإنه يعطيه أجر مثل عمله مقدرًا بجميع المسمى، لا ينقص المسمى، بخلاف ما إذا كان النقصان من حيث القدر، فقد سقط بعضه وبقي البعض، فبقي أجر المثل الباقي، فأما إذا كان النقصان من حيث الصفة، فإنه لا يسقط شيء من المسمى؛ لأنه لا حصة للأوصاف من المسمى، فيكون جميع المسمى على حاله، فيعتبر أجر المثل به؛ فإن كان مثله، أو أقل، فإنه يعطيه ذلك، فإن كان أكثر لا يجاوز به المسمى، وأما من قال بأنه يعطيه المسمى متى رضي بأخذ الثوب معيبًا، وأما إذا لم يرض بالعيب وأخذ الثوب فإنه يعطيه أجر المثل، ذهب في ذلك إلى أن الأمر كما قال الأولون: إن هذا مخالف من وجه موافق من وجه، في مثل هذا الموضع إنما حكم بفساد [العقد](٢) متى تعذر العمل بهما في الحالين. كما في مسألة بيع المقايضة، فجعلناه بيعًا فاسدًا عملاً بالأمرين من الوجه الذي قلتم، فأما إذا أمكن العمل بهما في الحالين، فإنه لا يجعل العقد فاسدًا وقد أمكننا في الحالين أن نعتبر الوفاق، متى اختار أخذ الثوب ورضي بالعيب، ويعتبر العقد جائزًا في هذه الحالة ويعطيه المسمى، ويعتبر الخلاف متى اختار أخذ الثوب ولم يرض

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

بالعيب ويوجب عليه أجر المثل؛ لأنه لم يوجد من العامل ما يوجب زوال ملك صاحب الغزل عن الثوب؛ لأن أصل العمل حصل بإذن صاحب الغزل، إلا أن فيه عيبًا وله ألا يرضى بالعيب، ولا يوافق[١] صاحب الغزل في العيب إلا بأن يعطيه أجر مثل عمله، فيعطيه أجر مثل عمله عملاً بالخلاف، ولأنه متى رضي بالعيب سقط اعتبار العيب حكمًا، وصار كأنه أتى بالمأمور به فلزمه المسمى إلا في النقصان.

وإذا لم يرض لم يسقط اعتباره، فكان موافقًا من وجه مخالفًا من وجه، فوجب أجر المثل، ثم على قول هذا القائل: إذا وجب اعتبار المسمى، إن كان الخلاف من حيث القدر إن كان إلى زيادة يجب المسمى لا غير، ولا يجب بسبب الزيادة شيء، وإن كان إلى نقصان ينقص عن المسمى بحصة ما نقص من العمل، وإن كان الخلاف من حيث الوصف إن كان إلى زيادة، يجب المسمى ولا يجب بسبب الزيادة شيء، وإن كان إلى نقصان يجب المسمى؛ إذ الفائت [وصف لا][٢] أصل، والأجر لا يقابل الأوصاف.

قال: وإذا دفع إلى خياط ثوبًا، وقال: انظر إلى هذا الثوب، فإن كفاني قميصًا فاقطعه وخطه لي بدرهم فقال: نعم، ثم قطعه، وقال بعد ما قطعه: إنه لا يكفيك، فالخياط ضامن قيمة الثوب، وإنما كان كذلك؛ لأن القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب؛ لأن الإذن بالقطع معلق بشرط الكفاية؛ لأنه ذكر الشرط بحرف التعليق، والمتعلق بالشرط عدم قبل الشرط، فهو معنى قولنا: إن القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب.

ولو قال للخياط: انظر إلى هذا الثوب أيكفيني قميصًا، فقال: نعم. فقال له: اقطعه، فقطعه، فإذا هو لا يكفيه قميصًا، لا ضمان عليه؛ لأن القطع ههنا حصل بإذن المالك؛ لأن الإذن بالقطع ههنا مطلق لا تعليق فيه؛ لأنه لم يذكر حرف

---

(١) في أ: يتوفر.
(٢) سقط في أ.

التعليق، فبقي الإذن مفصولًا عن أول الكلام.

ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار أنت طالق، يقع الطلاق في الحال. ولو قال: فأنت طالق، لا يقع إلا بعد الدخول. وما افترقا إلا لما قلنا.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب أيكفيني قميصًا. فقال: نعم. فقال صاحب الثوب: فاقطعه، أو قال: اقطعه إذن، فلما قطعه إن كان لا يكفيه، لا ذكر لهذه المسألة في الكتب.

حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله - أنه قال: يضمن، أما في قوله: اقطعه إذن، فلأنه لا يبتدأ به الكلام وإنما يذكر جوابًا للشرط فاقتضى شرطًا وصار كأنه قال: إن كان يكفيني فاقطعه إذن، وأما في قوله: فاقطعه؛ لأن حرف (الفاء) للتعليق فاقتضى شرطًا، وصار كأنه قال: إن كان يكفيني قميصا فاقطعه.

ونظير هذا ما روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في غير رواية الأصول فيمن قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم فقال المشتري: فهو حر، كان قبولًا وإعتاقًا بعد القبول، ولو قال: (هو حر) لم يكن قبولًا وإعتاقًا بعد القبول، بل كان إعتاقًا قبل القبول، وذلك؛ لأن قوله: (فهو حر) إخبار عن حكم الإيجاب، يقال: حررته، فهو حر. كما يقال: كسرته فانكسر. وإذا كان إخبارًا عن حكم الإيجاب، اقتضى إيجابًا، والثابت اقتضاء كالثابت نصًا، كأنه قال بعد قول البائع: بعت حررت. ولو قال: حررت، يتضمن قبولًا؛ لأن القبول شرط صحته، فاقتصى قبولًا فيصح، كمن قال لآخر: أعتق عبدك عني على ألف درهم. فقال: أعتقت، اقتضى بيعًا؛ لأنه شرط صحته فكذا هذا.

وقوله: هو حر، ليس هو بإخبار عن حكم الإيجاب بهذه العبارة. لا يقال: حررته هو حر. كما لا يقال: كسرته انكسر. وإذا لم يكن إخبارًا عن حكم الإيجاب لم يقتض [إيجابًا][1]، فبقي إخبارًا عن الحرية مطلقًا. وليس من ضرورة صحة

---

(١) سقط في ز.

الإخبار عن الحرية القبول؛ لأنه لا يصح من غير قبول، فأما من ضرورة صحة الإيجاب القبول.

وكذلك زرع بين ثلاثة نفر بالشركة حصدوها، فاستأجر واحد منهم حمارًا لينقل عليه حزم البر فدفع الحمار إلى الشريك لينقل الحزم فعطب الحمار، وكان معاملاتهم أنه يستأجر أحدهم البقر أو الحمار، ويستعمله هو وشريكه، لا ضمان عليه؛ لأن المعروف كالمشروط. ولو شرط أن يستعمله شريكه، لا ضمان عليه، فكذا إذا كان المعروف بينهم ذلك.

فقد ذكرنا قبل هذا: أن الرجل إذا استقرض دراهم وسلم إلى المقرض حماره ليمسكه ويستعمله حتى يوفي له دراهمه، فالحمار عند المقرض بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإن سلمه المقرض إلى بقار فعقره الذئب فالمقرض ضامن قيمته؛ لأن من استأجر حمارًا أو ثورًا ليس له أن يبعث إلى السرح ليعتلف، فإذا فعل كان مخالفًا؛ فيضمن.

إذا استأجر قبانًا ليزن به حملاً، وكان في عمود القبان عيب لم يعلم به المستأجر، فوزن به فانكسر، وإن كان مثل ذلك الحمل يوزن بمثل ذلك القبان مع العيب، فلا ضمان؛ لأنه لم يوجد منه سبب التلف، وإن كان بخلافه فهو ضامن. هكذا في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

وينبغي أن يقال: إذا لم يعلم الآجر المستأجر بالعيب، فقد أذن له في أن يزن به القدر الذي يوزن فيه بدون ذلك العيب، فإذا وزن ذلك القدر لا يجب ذلك الضمان عليه.

استأجر قدرًا فلما فرغ حملها على حمار ليردها على الآجر، فزلق رجل الحمار وانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل ذلك القدر، فلا ضمان عليه؛ لأن رد القدر وإن كان على الآجر إلا أن العادة جرت فيما بين الناس أن يحمله المستأجر إلى الآجر. إما من طريق المروءة أو خوفًا من أن يلحقه بسببه ضمان. والمعروف

كالمشروط. ولأن المؤاجر راض بهذا آذن فيه دلالة، فلا يضمن المستأجر، وإن كان الحمار لا يطيق حمل ذلك القدر، فهو ضامن؛ لأنه سبب لتلفها.

إذا استأجر فأسًا واستأجر أجيرًا ليعمل له عملاً، فدفع إليه الفأس فذهب الأجير بالفأس فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: المستأجر ضامن؛ لأنه صار مخالفًا بالدفع إليه.

وبعضهم قالوا: إن كان استأجر الأجير أولا، فلا ضمان، وإن كان استأجر الفأس أولًا فهو ضامن. هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وينبغي أن يقال: إن[1] الناس يتفاوتون في استعمال الفأس، فلا بد لصحة الإجارة من تعيين مستعمل الفأس، كما لو استأجر دابة للركوب يشترط لصحة الإجارة تعيين الراكب؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب. وإذا عين نفسه حتى صحت الإجارة يصير مخالفًا بالدفع إلى الأجير، وإذا لم يعين المستعمل حتى فسد العقد، فإن استعمل الفأس أولًا بنفسه، ثم دفع الأجير يضمن عند بعض المشايخ؛ لأنه يعين مستعملاً، فصار كأنه عين نفسه عند العقد، فيضمن بالدفع إلى الأجير وإن دفعه إلى الأجير قبل أن يستعمله بنفسه، فهو ليس بمخالف، وإن استعمله المستأجر بنفسه هل يضمن؟

يجب أن يكون في المسألة اختلاف المشايخ، كما في العارية. فإن من استعار دابة للركوب، ولم يعين نفسه فركب بنفسه، أو لبس بنفسه فليس له أن يعين بعد ذلك لغيره. ولو فعل فقد اختلف المشايخ في تضمينه. وكذلك لو ألبس غيره أولًا، أو أركب غيره أولًا، فليس له أن يلبس ويركب بنفسه بعد ذلك، ولو فعل ففي تضمينه اختلاف المشايخ فهنا يجب أن يكون كذلك.

وإن كان الناس لا يتفاوتون في استعمال الفأس، فالإجارة صحيحة، عين المستعمل أو لم يعين، ولا ضمان على المستأجر إذا دفع إلى الأجير، سواء دفعها

---

(١) في ز: كان.

إليه قبل أن يستعملها بنفسه، أو بعدما استعملها بنفسه.

وفيه أيضًا: استأجر من رجل مرا وجعله في الطريق، ثم صرف وجهه عن الطريق، ودعا أجيرًا له ولم يبرح عن مكانه ذلك، ثم نظر إلى المر فإذا [هو][1] قد ذهب [به][2]. قال: إن كان تحويل وجهه لم يطل حتى لا يسمى به مضيعًا لا ضمان عليه، والقول في ذلك قوله مع يمينه، إن كذبه الآجر. وإن طال التفاته فهو ضامن.

ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى رواية مجهولة: أن من دفع إلى خياط ثوبًا، وقال: اقطع حتى يصيب القدم، وكمه خمسة أشبار وعرضه [كذا][3]، فجاء به ناقصًا، قال: إن كان قدر أصبع أو نحوه، فليس بشيء، وإن كان أكثر منه فله أن يضمنه.

إذا استأجر سرجا ليركبه شهرا فأعطاه غيره فهو ضامن لتفاوت الناس في الركوب.

وإن استأجر إكافا لينقل عليه حنطة شهرا، فهو جائز، وحنطته وحنطة غيره سواء، والجوالق كذلك لعدم التفاوت.

وإذا استأجر ليحمل عليها حمل نفسه فحمل عليها غيره، فلا ضمان.

ولو استأجر محملا ليركبه، فليس له أن يحمل غيره.

إذا استكرى دابة لمحل[4] فوضع عليها الراحلة[5] ضمن إن أضر بالدابة.

في إجارات شيخ الإسلام: استأجر وراقا ليكتب له جميع القرآن، ذكرت هذه المسألة من قبل هذا.

وقيل: في الصكاك إذا غلط في جميع حدوده أو في بعضه، فإن لم يصلحه فلا أجر له، وإن أصلحه فللآجر الخيار، فإن رضي به فللكاتب أجر مثله[6].

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: لمحمل.
(٥) في ز: الزاملة.
(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٦٥٢).

وإذا دفع إلى صباغ لبدًا ليصبغه أحمر. فإن قيل: إن قال: بكذا من العصفر، يجوز.

وإن لم يبين مقدار العصفر، لا يجوز، فقد ذكر في فصل الاستصناع، أن بيان مقدار الصبغ ليس بشرط.

ولو صبغه رديئًا فقد قيل: إن انتقص اللبد، وكان النقصان فاحشًا عند أهل النظر فلصاحب اللبد أن يضمنه قيمة لبده أبيض، وإن كان النقصان يسيرًا فله أن يضمنه النقصان. وعلى هذا التفصيل: القصار إذا قصر الثوب رديئًا.

استأجر قدرًا ليطبخ فيه شيئًا معلومًا، فطبخ وأخذ القدر بحجره مع ما فيه حتى يخرجه إلى السوق فزلق رجله في المطر، وانكسر القدر، فعليه ضمان القدر بمنزلة الحمال، إذا زلق رجله، وسقط الحمل، وهلك.

* * *

الفصل الخامس[(١)] والعشرون
في بيان حكم الأجير الخاص والمشترك

هذا الفصل اشتمل على أنواع:

الأول: في بيان الحد الفاصل بين الأجير [الخاص وبين الأجير][(٢)] المشترك، وبين أحكامهما فنقول وبالله التوفيق:

اختلف عبارة المشايخ في الحد الفاصل بينهما، بعضهم قالوا:

الأجير المشترك: من يستحق الأجر بالعمل، لا بتسليم نفسه للعمل.

والأجير الخاص[(٣)]: من يستحق الأجر بتسليم النفس، وبمضي المدة، ولا

---

(١) في ح: الرابع.

(٢) سقط في ح.

(٣) اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الأجير الخاص على النحو التالي:

عند الحنفية: بيّن «الزيلعي» المقصود بالأجير الخاص فعرَّفه بقوله: «هو من يكون العقد واردًا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة».

أما عند المالكية: فلفظ الأجير الخاص عندهم يطلق على من يعتمد على مجهود يده، وذلك كأصحاب الصنائع، وعرَّفوه بأنه: «من لم ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس، سواء عمل في بيته، أم في بيت ربّ المتاع».

وعند الشافعية: عرَّفه صاحب «مغني المحتاج» بأنه: «... من أجر نفسه مدة معيَّنة يعمل لغيره، ولا يمكنه شرعًا التزام مثله لآخر في تلك المدة وسمِّي خاصًّا؛ لاختصاص منافعه بالمستأجر، فهو كالوكيل».

وعند الحنابلة هو: «من يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كمن استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء حائط».

وبالنظر في تعريفات الفقهاء للأجير الخاص نلاحظ ما يلي:

أولًا: إن هذه التعريفات تتفق على أن الأجير الخاص هو من استؤجر مدة معلومة يستحق المستأجر منفعته فيها.

ثانيًا: تعريف الحنفية للأجير الخاص غير مانع؛ لأن الأجير الخاص لا يجوز له أن يؤجر نفسه في خلال مدة الإجارة لغير المستأجر، والتعريف لم يشترط هذا، فيدخل في التعريف الأجير المشترك؛ لأنه يقبل العمل للمستأجر ولغيره.

ثالثًا: يؤخذ على تعريف المالكية أنه قصر الأجير الخاص على أصحاب الصنائع، وعلى من يقوم عمله على مجهود يده، وهذا يتعارض مع التسمية المطلقة للأجير الخاص؛ لأنه يمكن أن يقوم بعمل غير الصنعة، ولا يعتمد على مجهود يده، كأن يستأجر إنسانًا ليلقي محاضرة أو خطبة، أو ليعلِّمه القرآن. =

يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر.

وبعضهم قالوا: الأجير المشترك: من يتقبل العمل من غير واحد. والأجير الخاص: من يتقبل العمل من واحد[1].

= رابعًا: تعريف الحنابلة للأجير الخاص مع أنه بيَّن استحقاق المستأجر لمنفعة الأجير في مدة الإجارة، إلا أنه لم يبيِّن التزام الأجير بعدم العمل لغير المستأجر في خلال المدة؛ لأن الأجير يمكن أن يوفي المنافع للمستأجر، ويعمل لغيره في خلال المدة المحددة في العقد. ولعل أوفى التعريفات تعريف صاحب «مغني المحتاج» وهو: «من أجر نفسه مدة معيَّنة يعمل لغيره، ولا يمكنه شرعًا التزام مثله لآخر في تلك المدة»:

لأن هذا التعريف جامع مانع في تعريف الأجير الخاص؛ حيث يبيِّن اختصاص المستأجر بالأجير الخاص في مدة الإجارة دون قبوله للعمل لغيره، وهذا يتوافق مع التسمية المطلقة على الأجير لكونه منفردًا. ولا بد في إجارة الأجير الخاص من تعيين المدة؛ لأنها إجارة عين لمدة؛ فلا بد من تعيينها؛ لأنها هي المعينة للمعقود عليه، والمنفعة لا تعتبر معلومة إلا بذلك. وينبغي أن تكون المدة مما يغلب على الظن بقاء الأجير فيها قادرا على العمل، حتى قال المالكية: يجوز إجارة العامل لخمس عشرة سنة. ولم يشترط الفقهاء تعيين نوع الخدمة. وعند عدم التعيين يحمل على ما يليق بالمؤجر والمستأجر. ويجب على الأجير الخاص أن يقوم بالعمل في الوقت المحدد له أو المتعارف عليه، ولا يمنع هذا من أدائه المفروض عليه من صلاة وصوم، بدون إذن المستأجر. وقيل: إن له أن يؤدي السنة أيضًا، وأنه لا يمنع من صلاة الجمعة والعيدين، دون أن ينقص المستأجر من أجره شيئًا إن كان المسجد قريبا، ولا يستغرق ذلك وقتا كبيرا، بل جاء في كتب الفقه: أن من استأجر أجيرا شهرا ليعمل له كذا لا تدخل فيه أيام الجمع للعرف. قال الرشيدي: «لو أجر نفسه بشرط عدم الصلاة وصرف زمنها في العمل المستأجر له، فالأقرب أنه تصح الإجارة ويلغو الشرط» ولا يدخل في الإجارة بالزمن نحو شهر مثلا لغير مسلم أوقات الصلوات ولا أيام عطلتهم الدينية.

ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣) وما بعدها، المبسوط (١٥/ ٨٠)، الهداية (٣/ ٢٣١)، بدائع الصنائع (٤/ ١٨٣)، مجلة الأحكام العدلية مادة (٤٩٥)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٠)، الشرح الصغير (٤/ ١٦٠)، المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٤)، شرح الخرشي (٧/ ٢٤، ٢٨)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٧٩)، المهذب (١/ ٣٩٦)، مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧)، حاشية قليوبي وعميرة (٣/ ٨١)، الإنصاف (٦/ ٧٠)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٥٢٤)، كشاف القناع (٤/ ٢).

(١) اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الأجير المشترك على النحو التالي:

عند الحنفية: هو: «من يعمل لغير واحد عملاً غير مؤقت، أو مؤقتًا بلا تخصيص».

وعند المالكية: هو: «من ينصِّب نفسه للصنعة لعامة الناس، كمن ينصِّب نفسه لخياطة الثياب، أو لصبغها، أو ينجر الأخشاب».

وعند الشافعية: عرَّفه صاحب «الحاوي الكبير» بأنه: «من يعمل للمستأجر، ويعمل =

وإنما يعرف استحقاق[١] الأجر بالعمل، وعلى العبارة الأولى؛ بإيقاع العقد على العمل. كما لو استأجر خياطًا ليخيط هذا الثوب بدرهم[٢]. وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم النفس وبمضي المدة بإيقاع العقد على المدة. كما لو استأجر إنسانًا شهرًا ليخدمه، فالإجارة على العمل، وإذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل أولًا نحو: أن يستأجر راعيًا مثلاً ليرعى له غنمًا مسماة بدرهم شهرًا يعتبر هو أجيرًا مشتركًا؛ لأنه جعل أجيرًا مشتركًا بأول الكلام؛ لأنه أوقع العقد على عمله بأول كلامه.

= لغيره، كمن يحمل الأمتعة لجميع الناس».

وعند الحنابلة: هو: «من يقع العقد معه على عمل معيَّن، كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل شيء إلى مكان معيَّن».

وإذا نظرنا في التعريفات السابقة نلاحظ ما يلي:

أولًا: تتفق هذه التعريفات على أن الأجير المشترك من يتقبل العمل لأكثر من واحد يعمل لهم في وقت واحد، فيشتركون في منفعته، ولا يستحقها واحد منهم على انفراده.

ثانيًا: يؤخذ على تعريف الحنفية أنه لم يبيِّن أن الأجير المشترك لا يجب عليه تسليم نفسه للمستأجر في خلال مدة الإجارة؛ لأن الغرض من تأجيره هو منفعة عمله من دون تسليم نفسه.

ثالثًا: يؤخذ على تعريف المالكية أنه قصر الأعمال التي يقوم بها الأجير المشترك على الصنعة فقط مما يجعل التعريف غير جامع؛ لأن الأجير المشترك يمكن أن يتقبل أعمالًا غير الصنعة، كالطبيب المعالج.

رابعًا: تعريف الحنابلة قصر عمل الأجير المشترك على العمل المعيَّن فقط، كخياطة الثوب، مع أنه يمكن أن يتقبل العمل في ذمته، كالطبيب الذي يعالج شخصًا معينًا، ويعالج غيره في نفس الوقت.

وقول الماوردي في تعريف الأجير المشترك أولى وهو: من يعمل للمستأجر ويعمل لغيره، كمن يحمل الأمتعة لجميع الناس، وكالطبيب الذي يعالج شخصًا بعينه، ويعالج غيره؛ لأنه يتقبل العمل في ذمته، فجاز له تقبل الأعمال من أكثر من واحد، كما أن هذا التعريف يتوافق مع التسمية المطلقة على الأجير المشترك.

ينظر: المبسوط (١٥/ ٨٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٩١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٦٢)، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٢)، الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٥)، روضة الطالبين (٤/ ٢٩٩)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٥٢٤).

(١) في ح: باستحقاق.

(٢) زاد في ح: واستأجر قصارا ليقصر له هذا بدرهم.

وقوله: (شهرًا) في آخر كلامه، يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة، فيصير أجير وحده، ويحتمل أن يكون [تقديرًا للعمل][(١)] الذي أوقع العقد عليه، فإنه لا بد من تقدير[(٢)]، ولا يمكننا تقديره إلا ببيان المدة في هذه الصورة، فلا يغير[(٣)] أول الكلام بالاحتمال، إلا إذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم أجير الوحد، بأن قال: على ألا يرعى غنم غيري مع غنمي؛ لأنه بما صرح جعله أجير وحد، وبين أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المدة، لا لتغير[(٤)] العمل المذكور في أول [الكلام][(٥)]، وإذا كان صريحًا في جعله أجير وحد[(٦)] تغير أول الكلام به وصار أجير وحد.

وإذا ذكر المدة أولا[(٧)] نحو أن يستأجر راعيا شهرًا ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر هو أجير وحد؛ لأنه جعله أجير وحده بأول[(٨)] الكلام؛ لأنه أوقع العقد على المدة في أول الكلام.

وقوله: (ليرعى هذه الأغنام) يحتمل بين أن يكون لإيقاع العقد على العمل، فيصير أجيرًا مشتركًا، [و][(٩)] بين أن يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الأجير في المدة، فإن الإجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل الذي يستحق على الأجير فيقول: استأجرتك شهرًا للخدمة أو للرعي أو للحصاد؛ لأن أنواع العمل متفاوت. وإذا كان كذلك لا يتغير حكم أول الكلام بالاحتمال، فيبقى أجير [واحد][(١٠)]، إلا إذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الأجير المشترك. فيقول:

---

(١) في ح: تعبير العمل.
(٢) في ح: تعبيره.
(٣) في ح: يتغير.
(٤) في ح: لتقدير.
(٥) سقط في ح.
(٦) زاد في ح: على المدة وبين أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المدة.
(٧) في ح: ولا.
(٨) في ح: أول.
(٩) سقط في ح.
(١٠) سقط في ح.

ويرعى غنم غيري مع غنمي، فيكون تصريحًا منه أنه جعله أجيرًا مشتركًا، فيتغير به أول الكلام، ويصير [أجيرًا مشتركًا][(١)] من هذا الوجه.

إذا عرفت الحد الفاصل بين الأجير الخاص، وبين الأجير المشترك، فنقول: من حكم الأجير الخاص أن ما هلك على يده من [غير][(٢)] صنعه فلا ضمان عليه بالإجماع، وكذلك ما هلك من عمله المأذون فيه، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة. وهو قول زفر والحسن- رحمهم الله - وإنه قياس سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب، والغارة الغالبة والمكابرة.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه، فهو ضامن، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان.

وما هلك في يده بعمله، كالقصار إذا دق الثوب، فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح إذا غرقت السفينة من يده، والحمار إذا عثر فهو ضامن عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -؛ لأن الهلاك حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأن الهلاك حصل من دق مخرق، والدق المخرق غير مأذون فيه؛ لأنه لم يدخل تحت العقد.

بيانه: أن المعقود عليه في حق الأجير عمل في الذمة، وإنه نوعان: سليم، ومعيب، والمستحق بحكم المعاوضة السليم دون المعيب، وفي وسعه تسليم السليم؛ لأن العيب يحصل بخرق، وعنف يكون من العامل، والتحرز عنه ممكن فلا يدخل المخرق[(٣)] تحت العقد، والإذن بخلاف المعين؛ لأن المعين متبرع[(٤)] في العمل، فلا يستحق عمل سليم عن العيب بمطلق الإعانة. كما في هبة العين بخلاف

(١) في ح: اراعي مشترك.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: المخروق.
(٤) في ح: شرع.

ما نحن فيه، وبخلاف النزاع والختان؛ لأنه ليس في وسعهما تسليم السليم؛ لأن السلامة بعد وجود القطع إنما يكون بدفع السراية، ودفع السراية إنما يكون بقوة طبع المفعول به النزع، فلا يكون دفع ذلك في وسع الفاعل، فلا يصير مستحقًا عليه [بحكم المعاوضة][(١)]. بخلاف ما نحن فيه، فإن الدق السليم عن الخرق في وسعه، فيصير مستحقًا عليه بحكم المعاوضة. وبخلاف الأجير الواحد[(٢)]؛ لأن المعقود عليه في حق الأجير الواحد[(٣)] تسليم النفس في المدة لا العمل، والأجر في حقه بمقابلة النفس لا بمقابلة العمل. [و][(٤)] إذا لم يكن الأجر في حقه بمقابلة العمل كان معينًا في حقه يعني في حق العمل، فلا يستحق عليه عمل سليم، ثم إذا وجب الضمان على الأجير المشترك بما جنت يده عند علمائنا الثلاثة، كان المستأجر بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته معمولًا، وعليه أجر المثل؛ لأنه موافق في أصل العمل مخالف في الصفة.

فإن شاء صاحب الثوب مال إلى الخلاف، وضمنه قيمة ثوبه غير معمول، ولا أجر له؛ لأنه لم يتسلم العمل.

وإن شاء مال إلى الوفاق [وأخذ الثوب][(٥)] وأعطاه أجر مثله.

ثم الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده عندنا إذا كان محل العمل مسلمًا إليه تسليمًا يكفي ليعمل[(٦)] ضمان العقد لو كان مشتركًا[(٧)]، والمضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، وفي وسع الأجير دفعه، وإنما شرط أن يكون محل العمل مسلمًا إليه؛ لأن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده إذا لم يتعمد، ولم

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: الوحد.
(٣) في ح: الوحد.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) في ح: لنقل.
(٧) في ج: مشتريا.

يخالف ضمان العقد[١] فإنه لولا هذا العقد بأن كان معينًا لا يضمن، وضمان العقد لا يستوفى من العاقد إلا بالتخلية، كما في بيع العين.

وإنما شرطنا أن يكون المضمون بحال يجوز أن يضمن بالعقد لما ذكرنا: أن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده، إذا لم يتعمد، ولم يخالف ضمان عقد، وإنما يضمن بالعقد ما له أثر في إيجابه وهو المال، فأما المضمون إذا كان شيئًا لا يضمن بالعقد كالدم، وإنه لا يجب الضمان فيه على الأجير، وإنما شرطنا أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد؛ لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الأجير لا على ما ليس في وسعه.

* * *

(١) في ح: عقد.

نوع آخر في الحمال ومكاري الدابة والسفينة:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل استأجر حمالًا ليحمل له دنًا من القراب(١) إلى مكان معلوم، فوقع الحمال في بعض الطريق وانكسر الدن.

فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له.

وإن شاء ضمنه في المكان الذي انكسر وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وهذا مذهب(٢) علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -؛ لأن الحمال أجير مشترك هلك العين في يده بوقوعه، وعثاره، والتحرز عنه ممكن في الجملة، فيجب عليه الضمان عندنا لما مر، والمستأجر بالخيار على [ما بينا](٣)؛ لأن الحمال موافق من وجه فإنه أمر بالحمل، وقد حمل، مخالف من وجه؛ لأنه أمره بالحمل على وجه يصير الدن محمولًا إلى مكان معين، ولم يأت بذلك الحمل.

فإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وضمنه في المكان الذي حمل ولا أجر له؛ لأنه لم يسلمه(٤) العمل.

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في الموضع الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك؛ وفي هذه المسألة إشكالان:

أحدهما: أنه قال: (له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل)، ولم يوجد منه سبب الضمان في ذلك المكان.

والثاني: أنه قال: (إذا ضمنه قيمته في الحال(٥) الذي انكسر أعطاه من الأجر بحسابه) جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا.

والجواب عن الإشكال الأول: لا، بل وجد سبب الضمان في ذلك [المكان.

---

(١) في ح: الفرات.
(٢) في ح: عند.
(٣) في ح: نحو ما ذكرنا.
(٤) في ح: يسلم.
(٥) زاد في ح: أي.

وهذا؛ لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله وذلك حالة][١] الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استند إلى حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإن بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينًا في الحمل، ولا ضمان على المعين، ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، وقد وجد سبب الضمان من حيث الاعتبار في مكان العمل، ومن حيث الحقيقة وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، ولهذا يخير.

والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا.

بيانه: أنه إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث الحمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونًا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة، ومثل هذا جائز، ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، [ثم أحرقه][٢] أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولم يبطل به الأجر؛ لأن الأجر واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى ولم يجتمع الأجر والضمان.

ومن وجه آخر: أن الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان؛ لأن بالضمان[٣] يصير المضمون ملكًا للأجير، فيتبين أنه عمل في ملك نفسه وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأنه إذا ضمنه في المكان الذي انكسر، فإنما يملكه الحمال في المكان الذي انكسر فيبقى حاملاً إلى هذا المكان ملك الغير، فيستحق الأجر كما لو استهلك المتاع بعدما سلمه إلى المالك، وهذا إذا انكسر في وسط الطريق. فأما إذا سقط من رأسه أو زلق

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: فما أحرقه.
(٣) في ح: الضما.

رجله بعدما انتهى إلى المكان المشروط، وانكسر الدن فله الأجر ولا ضمان عليه.

هكذا حكي عن القاضي صاعد[١] النيسابوري؛ لأنه متى انتهى إلى المكان المشروط لم يبق الحمل مضمونًا عليه، فإنه يستوجب جميع الأجر وصار الحمل مسلمًا إلى صاحب الدن، حتى لا يستحق الحبس، والمتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضمونًا عليه، بخلاف ما إذا انكسر في وسط الطريق؛ لأن الحمل مضمون؛ لأنه لم يقع الفراغ عنه بعد، وهذا الذي حكي عن القاضي صاعد يوافق قول محمد - رحمه الله -.

فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو قول محمد أولا: فالحمال يجب أن يكون ضامنًا.

فقد ذكرنا بعد هذا عن ابن سماعة - رحمه الله -: في رجل استأجر حمالًا ليحمل له فرقًا من سمن إلى بيته، فحمل الحمال ثم أنزل الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن في قول أبي يوسف الأول. وهو قول محمد الأول.

وأبو يوسف ما اعتبر الوصول إلى بيت صاحب الفرق إذ لو اعتبر لما قال بوجوب[٢] الضمان، وإنما اعتبر معنى آخر وهو أن يد الحمال قد ثبتت، وصار الفرق في ضمانه، فلا يبرأ عن الضمان إلا إذا زالت يد الحمال من كل وجه، وإذا وضعاه عن رأس الحمال، فما زالت يد الحمال من كل وجه، وفي مسألتنا: لم تزل يد الحمال أصلاً، فأولى أن[٣] يبرأ عن الضمان عنده هاهنا.

ثم رجع محمد - رحمه الله - عن هذا، وقال: لا ضمان على الحمال، وأشار إلى المعنى: أن السمن وصل إلى صاحبه فيبرأ عن الضمان، كذا في مسألتنا. هذا إذا حصل التلف بجناية يده.

---

(١) في ح: الصاعد.
(٢) في ح: لوجب.
(٣) زاد في ح: لا.

وأما إذا حصل التلف لا بجناية يده أو حصل بأمر لا يمكن التحرز عنه، لا ضمان عليه بالإجماع. وله الأجر؛ لأن عمل الحمال يعتبر مسلمًا إلى المالك في موضع لم يجب الضمان على الحمال، فلما هلك المتاع بعد التسليم، فلا يسقط عنه الأجر.

وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه. فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله -: لا ضمان عليه وله الأجر بحساب ذلك.

وعندهما: يجب الضمان وللمالك الخيار، كما لو حصل التلف بجناية يده.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: في الملاح إذا أخذ الأجر وغرقت السفينة في موج، أو ريح أو مطر، أو من شيء ليس في وسعه دفعه، فلا ضمان عليه.

وإن حصل الغرق من أمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما.

وإن حصل الغرق من عمله بأن غرقت من يده أو خرقه يضمن، إذا لم يكن صاحب المتاع فيها؛ لأن محل العمل مسلم إليه، والمضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، في وسع الأجير دفع ذلك.

وإن كان صاحب المتاع في السفينة، أو وكيله وغرقت السفينة من يده ومعالجته فلا ضمان عليه، إلا أن يخالف؛ لأن محل العمل غير مسلم إليه إذا كان صاحب الطعام في السفينة، وكان بمنزلة ما لو عثرت الدابة المستأجرة من سوق الأجير المشترك، فسقط الحمل ففسد[1]، وصاحب المتاع راكب على الدابة؛ فإنه لا يضمن الأجير؛ لأنه لم يحل بينه وبين المتاع، وكذلك هذا، وهذا بخلاف ما لو عثرت الدابة المستأجرة، فسقط المتاع فهلك وصاحب المتاع يسير معه خلف الدابة، فإن الأجير يضمن؛ لأن الهلاك حصل من جناية يده، ومحل العمل مسلم إليه؛ لأنه سلم المتاع إليه، وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع إليه. ألا ترى أنه بهذا السير غير متمكن من الدابة، فكيف يتمكن مما عليها، بخلاف راكب السفينة؛ لأنه

(١) في ح: فيفسد.

متمكن من السفينة فيكون متمكنًا مما كان في السفينة، فلا تحصل التخلية[١].

قياس مسألة السفينة من الدابة: أن لو كان صاحب المتاع راكبًا على الدابة، فعثرت الدابة من مساقه، وسقط المتاع وهلك، لو كان كذلك لا يضمن.

وفي المنتقى: لو حمل متاعًا على حمال وصاحب المتاع يمشي معه، فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد فهو ضامن؛ [لأن عثاره][٢] من جناية يده.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: وإن كان على الدابة مملوك صغير لرب المتاع، استأجر الدابة ليحمله فعثرت الدابة فرفعها، فمات المملوك وفسد الحمل فإنه يضمن الحمل، ولا يضمن المملوك، وإن كان الهلاك من جناية يده؛ [لأن المضمون][٣] هو الدم؛ لأنه صار قاتلاً للعبد. وما يجب بقتل[٤] العبد ضمان دم، والدم لا يضمن بالعقد. بخلاف المتاع، ثم إنما يضمن إذا كان العبد بحيث لا يصلح لحفظ المتاع، أما إذا كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع؛ لأنه في يد العبد ويد العبد يد المالك، فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى.

وقد نص على هذا [المحل][٥] في مسألة السفينة فقال: وكذلك السفينة لو حمل فيها رقيقًا له مع متاعه، ومثلهم لا يحفظ شيئًا فغرقت السفينة من فعله وهلك الرقيق، فإن الملاح يضمن المتاع، ولا يضمن الرقيق، شرط لضمان المتاع ألا يصلح مثل هذا الرقيق للحفظ، فهذا يبين لك أنه إذا كان يصلح أنه لا يضمن المتاع، وكذلك ما هلك من غير صنع الأجير المشترك، إنما يجب عليه الضمان عندهما إذا صار العين مسلمًا إلى الأجير. حتى قال محمد - رحمه الله -: وإذا كان رب المتاع والمكاري راكبين على الدابة المستأجرة، أو سائقين أو قائدين فعثرت الدابة وهلك المتاع الذي

---

(١) في ح: لتحصيله.
(٢) في ح: لإعثاره.
(٣) في ح: المضموم.
(٤) في ح: مع.
(٥) سقط في ح.

عليه، لا ضمان على المكاري.

وكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه إذا سرق المتاع من رأس الحمال، ورب المتاع معه، فلا ضمان عليه؛ لأن يد صاحب المتاع قائم بعد، وقيام يده يمنع وقوع التسليم إلى غيره.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: إذا كان الطعام في سفينتين مقرونتين أو غير مقرونتين إلا أنهما يسيران معًا، ويحبسان معًا، إلا أن صاحب المتاع في إحداهما فلا ضمان على الملاح، فيما هلك.

وفي المنتقى: لو كانت سفن كثيرة وصاحب المتاع أو الوكيل في إحداها فلا ضمان على الملاح فيما ذهب من السفينة التي فيها صاحب المتاع أو وكيله، وضمن ما سوى ذلك.

قال: هذا كله قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

وقال ثمة: ولأبي يوسف فيما إذا كانت السفن كثيرة قول آخر، فقال: إذا كانت السفن تنزل معًا وتسير معًا، حتى يكونوا في رفقة واحدة، فلا ضمان على الملاح، وإن تقدم بعضها بعضًا، وكذلك القطار إذا كان عليها حمولة ورب الحمولة على بعير، فلا ضمان على الحمال؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك.

وعن أبي يوسف: فيمن استأجر حمالًا ليحمل له فرقًا من سمن فحمله صاحبه، والحمال ليضعاه[1] على رأس الحمال، فوقع وتخرق الزق، لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إليه السمن، فإن السمن بعد في يد صاحبه ولا ضمان [على][2] الحمال بدون التسليم، وهكذا روى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله.

قال في نوادر ابن سماعة: ولو حمله ثم وضعه في بعض الطريق، ثم أراد رفعه فاستعان برب الزق فرفعا بضاعته، فوقع فتخرق، فالحمال [ضامن][3]؛ لأنه صار

(١) في ح: ليضعا.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.

في ضمانه حينئذ، ولم يبرأ منه[١] بعد؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه.

وإن حمله إلى بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال[٢] مع صاحب الفرق من رأس الحمال فوقع من أيديهما، فالحمال ضامن عند أبي يوسف. وهو قول محمد - رحمه الله - أولًا؛ لأن يد الحمال قد ثبتت وصار في ضمانه فلا يبرأ إلا إذا زالت يد الحمال من كل وجه وإذا وضعاه جميعًا فيد الحمال لم تزل، فلا يزول الضمان.

ثم رجع محمد - رحمه الله - وقال: لا ضمان على الحمال؛ لأن السمن قد وصل إلى يد صاحبه فيبرأ.

قال الفقيه أبو الليث: والقياس أن يضمن الحمال النصف؛ لأن الفرق وقع من فعلهما، وكثير من مشايخنا أفتوا به.

وروى ابن سماعة عن محمد: إذا كان رب الدابة مع المكاري، فعثرت الدابة، فلا ضمان على المكاري. وإن كان عثار الدابة من سياقه أو قياده.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل ضمن الحمال بالاتفاق؛ لأنه لما شده بحبل لا يحتمله، كان[٣] هو المسقط للحمل، فيكون التلف حاصلاً من جناية يديه[٤] معنى.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: الحمال إذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة[٥] أو مطر، فهو ضامن، وتأويله: إذا كانت السرقة والمطر غالبا؛ لأنه حينئذ يكون مضيعًا.

وفي الواقعات: استأجر حمالاً يحمل له طعامًا في طريق كذا، فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس، فهلك المتاع فلا ضمان. وهكذا ذكر في الجامع الصغير قالوا:

---

(١) في ح: عنه.
(٢) في ح: للحمل.
(٣) في ح: كأنه.
(٤) في ح: يده.
(٥) في ح: لسرقة.

وهذا إذا كان الطريقان متقاربين؛ لأن[١] حينئذٍ لا يصح التعيين لعدم الفائدة.

وأما إذا كان بينهما تفاوت ظاهر من حيث الطول والقصر أو[٢] السهولة والصعوبة، ضمن الأجير، وهو رواية هشام عن محمد غير أنه أطلق في الكتاب؛ لأن الطريقين إذا كان يسلكهما الناس، قل ما يقع التفاوت فيهما حتى لو حمله في البحر، ضمن، وإن كان مما يحمله الناس لما كان بينهما تفاوت فاحش، ولكن إذا بلغ، فله الأجر في البحر وغيره؛ لأنه إذا سلم يبقى التفاوت صورة، فلا يمنع وجوب الأجر.

قال الناطفي: وهكذا الجواب عندي في البضاعة، إلا أن يأذن له صاحبه في حمله في البحر.

[و][٣] في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا استأجر مكاريًا يحمل له عصيرًا على دابته إلى موضع معلوم، فلما أراد أن يضعه على الدابة أخذ أحد العدلين من جانب، ورمى بالعدل الآخر من الجانب الآخر وانشق العدل من رميه وخرج العصير، فالمكاري ضامن؛ لنقصان الزق، والعصير؛ لأن الهلاك كان بصنعه.

استأجر حمالًا ليحمل له حقيبته إلى مكان معلوم، وانشقت[٤] الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وقياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يضمن الحمال، ولا يشبه هذا بانقطاع الحبل؛ لأن ثمة التفريط كان من قبل الحمال، حيث شد الحمل بحبل واه، وهاهنا التقصير من قبل صاحب الحقيبة، حيث جعل ماله في حقيبة لا يستمسك ما فيها.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ ونحن نفتي به أيضًا.

---

(١) في ح: لا.
(٢) في أ، ح: و.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: فانشقت.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله -: إذا دفع حملاً إلى مكار ليحمله إلى موضع، وشرط عليه أن يسير ليلاً، وصاحب الحمل معه يسير، فضاعت الدابة مع الحمل. قال: إن كان المكاري [ضيع][1] بترك الحفظ، ضمن بلا خلاف. وإن ضاعت الدابة من غير تضييع من المكاري، لم يضمن المكاري في قول أبي حنيفة خلافًا لهما، وينبغي ألا يضمن إذا كان رب المتاع يسير معه، بلا خلاف بدليل ما مر من قبل هذا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: مكاري حمل كرابيس رجل، فاستقبله اللصوص وطرح الكرابيس وذهب بالحمار. قال: إن كان لا يمكنه التخلص منهم بالحمار والكرابيس، وكان يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرابيس، فلا ضمان؛ لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه.

* * *

(١) سقط في أ، والمثبت من المحيط.

نوع آخر في النساج والخياط:

قد ذكرنا بعض مسائل النساج في فصل الحبس بالأجر. ومن جملة ما لم نذكر ثمة نساج كان ساكنًا مع صهره، ثم اكترى دارًا وانتقل إليها وترك الغزل ثمة، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الغزل ما دام ثمة فهو ساكن عنده، فالسكنى[١] عنده لا تبطل ما دام بعض المتاع باقيًا.

وعندهما: هو ضامن على كل حال.

وفي فتاوى [الفضلي:][٢] إذا دفع إلى نساج غزلًا لينسجه كرباسًا، فدفع النساج إلى آخر لينسجه فسرق من عند الأجير، إن كان الأجير أجير الأول، فلا ضمان على واحد منهما، وإن لم يكن أجير الأول وكان أجنبيًا ضمن الأول بلا خلاف، ولا يضمن الآجر في قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما، وهو نظير ما إذا أودع الوديعة من أجنبي بغير إذن المالك.

وفي القدوري: ومن استؤجر[٣] على عمل[٤] فله أن يعمل بنفسه وأجرائه إلا إذا شرط عليه العمل بنفسه، فعلى ما ذكر القدوري رحمه الله: إذا كان الأجير أجير الأول، إنما لا يضمن الأول بالدفع [إليه][٥] إذا لم يشترط[٦] الأول عمله بنفسه. وأما إذا شرط عليه العمل بنفسه يضمن بالدفع إلى الآجر. وإن كان الأجير أجير الأول.

وفي الظئر إذا لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها فأرضعت بثدي جارتها تستحق الأجر، فإن شرط عليها الإرضاع بنفسها فأرضعت بثدي جارتها [فقد اختلف

---

(١) في ح: بالسكنى.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: استأجر.
(٤) في ح: عمله.
(٥) سقط في ح.
(٦) زاد في ح: عليه.

المشايخ والأوجه أنها][1] تستحق الأجر هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

وفي فتاوى أهل سمرقند: نساج ترك كرباس رجل في بيت الطراز فسرق ليلاً، فإن كان بيت الطراز حصينًا يمسك الثياب في مثله لا يضمن، وإن لم يكن حصينًا ولا يمسك الثياب في مثله، إن رضي صاحب الكرباس بترك الكرباس فيه، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: دفع إلى نساج كرباسًا بعضه منسوج وبعضه غير منسوج، فسرق من عنده. فعلى قول من يقول: بأن الأجير المشترك يضمن ما هلك على يده من غير صنعه، يضمن النساج كل الثوب؛ لأن المنسوج مع غير المنسوج شيء واحد لاتصاله به، وكذا نسج الباقي يزيد في قيمة المنسوج، فكان أجيرًا مشتركًا في الكل.

وفي هذا الموضع أيضًا: إذا دفع إلى خياط كرباسًا فخاطه قميصًا، وبقيت منه قطعة فسرقت فهو ضامن. وكذا إذا دفع صرمًا إلى إسكاف ففضل عنه شيء، فسرق منه؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه؛ لأن المالك إنما سلم للقطع لا غير. فإذا قطع يجب عليه رد الزيادة.

وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى: إذا دفع إلى خياط ثوبًا له، وقال: اقطعه حتى يصيب القدم، وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا، فجاء به ناقصًا إن كان قدر أصبع ونحوه، فليس بشيء، وإن كان أكثر منه فله أن يضمنه، [وقد مرت المسألة قبل هذا][2].

---

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: وكثير من مسائل الخياط مرت في الفصل السابع والعشرين، وصوابه: الفصل الرابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك، بينما يقع في المحيط البرهاني: تحت الفصل السابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع والتلف وغير ذلك.

نوع آخر في [المسائل العائدة إلى][(١)] الحمام:

قد ذكرنا بعض المسائل العائدة إلى الحمام في فصل إجارة الحمام. ومن جملة ما لم نذكر ثمة: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: احفظ الثياب، فلما خرج لم يجد ثيابه، فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعه وهو يراه، وهو يظن أنه يرفع ثياب نفسه فهو ضامن؛ لأنه تارك للحفظ، حيث لم يمنع القاصد وهو يراه.

وإن أقر أني قد رأيت أحدًا قد رفع ثيابه إلا أني ظننت أن الرافع أنت فلا ضمان هكذا ذكر؛ لأنه لم يصر تاركا للحفظ لما ظن أن الرافع هو.

وإن سرق وهو لا يعلم به، فلا ضمان عليه، إن لم يذهب عن ذلك الموضع، ولم يضيعه. وهذا قول الكل؛ لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب، إذا لم يشترط [له][(٢)] بإزاء حفظه[(٣)] الثياب أجرًا.

فإذا[(٤)] شرط له بإزاء الحفظ[(٥)] أجرا، ودفع الثياب إلى الثيابي، وهو الذي يحفظ الثياب [بأجرة][(٦)] وفارسيته: (جامه داب خاصة دار) فلا ضمان عليه فيما سرق، عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأنه أجير مشترك.

وفي فتاوى الفضلي: امرأة دخلت الحمام، فأعطت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب بأجر وفارسيتها: (وخاصة دار) فلما خرجت لم تجد ثوبًا من ثيابها عندها.

قال: إن كانت هذه المرأة تدخل هذا الحمام وتدفع ثيابها إلى هذه المرأة الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ ثيابها، فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما، فإن كان هذا أول مرة دخلت هذا الحمام، ودفعت ثيابها إلى هذه

---

(١) في ح: مسائل.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: حفظ.
(٤) في ح: فأما إذا.
(٥) في ح: حفظ الثياب.
(٦) سقط في ح.

الممسكة فلا ضمان عليها في قولهم جميعًا؛ لأنه إذا كان هذا أول مرة، ولم يدفع إليها أجرا، ولا شرطت لها أجرًا فهي مودعة لا أجيرة مشتركة. هكذا ذكر.

وعلى قياس ما ذكرنا عن محمد رحمه الله: إن كان عمل لا يعمل [إلا بأجر](١)، فالأمر به لمن يرصد(٢) له استئجار ينبغي أن تكون الثانية أجيرة مشتركة عند محمد - رحمه الله - حتى تضمن عنده، والفتوى على قول أبي حنيفة- رضي الله عنه -: أن الثاني لا يضمن إلا بما ضمن المودع.

رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ وأشار صاحب الحمام إلى موضع، فوضع ثمة ودخل الحمام، ثم خرج رجل آخر وأخذ الثياب، فلم يمنعه صاحب الحمام؛ لأنه ظنه صاحب الثياب، ضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ(٣) له، فصار مودعًا، فقد قصر في الحفظ فيصير ضامنًا. وهذا قول ابن سلمة وأبي نصر الدبوسي رحمهما الله.

وكان أبو القاسم يقول: لا ضمان على صاحب الحمام. والأول: أصح.

وقول أبي القاسم يوافق ما ذكرنا في أول هذا النوع، وهو نظير ما لو دخل رجل بدابته خانًا، وقال لصاحب الخان: أين أربط الدابة؟ فقال: هناك، فربط وذهب فلما رجع، لم يجد دابته، فقال صاحب الخان لصاحب الدابة: إن صاحبك قد أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها؟ استحفاظ لصاحب الخان، وإذا أشار إلى موضع الربط فقد أجابه إلى الحفظ، فصار مودعًا. وقد قصر في الحفظ فصار ضامنًا كذا ههنا.

رجل دخل الحمام ونزع الثياب بين يدي صاحب الحمام، ولم يقل بلسانه شيئًا ثم خرج، ولم يجد ثيابه، فالمسألة على وجهين:

إن لم يكن للحمام ثيابي، يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع؛ لأن وضع

---

(١) في ح: الأجر.
(٢) في ح: يوصل.
(٣) في ح: الاستحقاق.

الثوب بمرأى عين صاحب الحمام إذا لم يكن ثيابي استحفاظ له. وإن كان للحمام ثيابي إلا أنه لم يكن حاضرًا وكذلك الجواب أيضًا إذا كان حاضرًا لا يضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ [للثيابي دلالة][(١)] دون صاحب الحمام، فلا يضمن صاحب الحمام إلا إذا نص صاحب الثياب على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال له: أين أضع الثياب؟ فحينئذ يصير صاحب الحمام مودعًا، فيضمن ما يضمن[(٢)] المودع.

وإذا دخل رجل الحمام ودفع ثيابه إلى صاحب الحمام واستأجره للحفظ واشترط عليه الضمان إذا تلف فضاع الثياب.

كان الفقيه أبو بكر - رحمه الله - يقول: يضمن الحمامي إجماعًا. وكان يقول: الأجير المشترك إنما لا يضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا لم يشترط عليه الضمان، أما إذا شرط عليه الضمان يضمن.

فكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يسوي بين شرط الضمان وعدم الشرط، وكان يقول: بعدم الضمان؛ لأن شرط الضمان في الأمانة مخالف لقضيه الشرع، فيكون باطلاً.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ، ونحن نفتي به أيضًا.

* * *

(١) في ح: الثياب.
(٢) في ح: نقص.

نوع آخر في البقار والراعي والحارس:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا استأجر الرجل راعيًا يرعى غنما معلومة له مدة معلومة، بأجر معلوم، فهذا جائز، ويكون الراعي أجيرًا مشتركًا؛ لأنه أوقع العقد على العمل لما ذكر العمل أولًا، إلا إذا قال: [على ألا][١] ترعى غنم غيري مع غنمي، فحينئذ يصير أجير واحد[٢]. وقد مر هذا في أول[٣] الفصل.

ولو كان استأجره مدة معلومة على أن يرعى غنمًا معلومًا، فهو جائز، ويكون أجير واحد[٤]؛ لأنه أوقع العقد في حقه على المدة، لما ذكر المدة أولًا. إلا إذا قال: وترعى غنم غيري مع غنمي، فحينئذ يكون أجيرًا[٥] مشتركًا[٦] وقد مر هذا في [أول][٧] الفصل أيضا.

ثم الراعي إذا كان أجير [واحد][٨] وماتت من الأغنام واحدة، حتى لم يضمن ولا ينقص من الأجر بحسابها، وذلك؛ لأن [الغنم إذا][٩] ماتت كلها لا يسقط من الأجر شيء [إذا سلم نفسه في المدة للرعي، وكان للآجر أن يمكنه رعي أغنام بأجر؛ لأنه أجير وحد وأجير الوحد يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، لا بحقيقة العمل فإذا ماتت شاة منها أولى ألا يسقط من الأجر شيء][١٠].

ولو ضرب شاة منها ففقأ عينها أو كسر يدها ضمن؛ لأن أجير الواحد يضمن

(١) في ح: لا.
(٢) في ح: وحد.
(٣) زاد في ح: هذا.
(٤) في ح: وحد.
(٥) زاد في ح: هذا.
(٦) في ح: وحد.
(٧) سقط في ح.
(٨) سقط في ح.
(٩) سقط في ح.
(١٠) سقط في ح.

بالخلاف. [وقد خالف][١]؛ لأنه ضرب والضرب [غير][٢] داخل تحت الإجارة. وإنما يدخل تحتها الرعي وهو يتحقق بدون الضرب، وإذا لم يدخل تحتها صار الحال في حق الضرب، بعد الإجارة كالحال قبلها[٣] وقبل الإجارة لو ضرب شاة وتلف من ضربه شيء يضمن، فكذلك هذا.

ولو هلك منها شيء في السقي أو الرعي لم يضمن؛ لأنه أجير واحد وأجير الوحد لا يضمن ما لم يخالف، ولم يخالف؛ لأنه فعل ما أذن له في ذلك؛ لأن السقي داخل تحت العقد؛ لأن الرعي لا يتحقق بدونه، وإذا دخل تحت العقد، لم يضمن ما هلك منها كأجير الوحد إذا دق فتخرق وهو مصدق فيما هلك منها؛ لأنه أمين والقول قول الأمين مع اليمين هذا إذا كان الراعي أجير وحد[٤].

وإذا مات من الأغنام لا يضمن عندهم جميعًا؛ لأن الهلاك حصل من أمر لا يمكن التحرز عنه؛ [لأن الموت حتف أنف مما لا يمكن التحرز عنه][٥]. فإنه ليس في يد الراعي ذلك.

وهذا إذا ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينة، وأما إذا [ادعى][٦] الراعي الموت وجحد رب الأغنام، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: القول قول الراعي؛ لأنه أمين فالقول قوله أنه مات كالمودع.

وأما عندهما: القول قول رب الأغنام. وكان يجب أن يكون القول قول الراعي؛ لأن المال أمانة في يده عندهما. وإنما يضمن إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه؛ لأنه يعد ذلك تضييعًا منه، فيضمن بالتضييع.

ولهذا قالا: إذا خلط خلطا لا يمكن التمييز فإنه يضمن قيمته يوم الخلط ولو كان

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: أو.
(٤) المراد: أجير واحد.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في ح.

قبضه قبض ضمان عندهما، لكان يضمن قيمته يوم القبض كالغاصب، فدل أن المال أمانة في يد الأجير المشترك، وإنما يضمن بالتضييع إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه. ولهذا علل محمد - رحمه الله - في الكتاب فقال: لأنه ضيع حيث لم يحفظها من السبع والسرقة.

وإذا كان المال أمانة في يده وإنما يضمن بالتضييع كان يجب أن يكون القول قوله ما لم يقر بالتضييع. ولم يوجد منه الإقرار بالتضييع إلا أنه جعل القول قول صاحب الغنم؛ وذلك؛ لأنه لما وجب على الأجير المشترك زيادة حفظ لم يجب على المودع. وعلى أجير الوحد مخافة ألا يضيعوا أموال الناس، فإنه يجتمع في أيديهم أموال الناس على ما أشار إليه في حديث علي - رضي الله عنه - وإنما يأتى بزيادة حفظ لم يجب على المودع، ولا على أجير الوحد إذا لم يجعل القول قوله عند الهلاك وإن لم يوجد منه الإقرار بسبب الضمان؛ لأنه متى علم أن القول قوله عند الهلاك. كما في المودع لا يجد في الحفظ، فلهذه الضرورة لم يجعل القول قوله عند الهلاك وإن كان المال أمانة عنده ليحصل ما هو المقصود من زيادة حفظ وجب عليه، ما لم يجب على المودع وعلى أجير الوحد.

ولو ساقها إلى المرعى فعطب منها شاة لا من سياقه بأن صعدت الجبل أو مكانًا مرتفعًا، فتردى منه فعطبت فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الهلاك ما كان من قبله، وعلى قولهما: ضمن؛ لأن الهلاك حصل من أمر يمكن التحرز عنه بألا يأتي هذا المكان، أو إن أتى هذا المكان يجعل باله من الصعود على الجبل، وعلى المكان المرتفع.

وكذلك لو[1] أوردها نهرًا ليسقيها، فغرقت شاة منها، على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا ضمان. وعلى قولهما يضمن. وكذلك لو أكل منها سبع أو سرق منها، فالمسألة على الخلاف.

---

(١) في ح: إن.

ولو ساقها في الماء ليسقي [فغرقت][(١)] أو شكل[(٢)] فتردت يضمن بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

ولو ساقها فعطبت شاة منها من سياقه بأن استعجل عليها، فعثرت وانكسرت رجلها، أو اندق عنقها فعليه الضمان عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

وإن ساق الراعي الغنم فتناطح بعضها بعضًا من سياقه، [أو وطئ بعضها بعضًا من سياقه][(٣)]. فإن كان الراعي مشتركًا، فهو ضامن على كل حال؛ لأن هذا من جناية يده. وإن كان خاصًا بأن كانت الأغنام لواحد فلا ضمان عليه. وإن كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة فهو ضامن.

وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة: أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيًا شهرًا ليرعى غنمًا لهم، أو لهما، فقد فرق في حق الأجير الخاص بينهما، إذا كانت الأغنام لواحد، وبينما إذا كانت الأغنام لاثنين[(٤)] أو ثلاثة.

والفرق بينهما: أن الأغنام كلها لما كانت لواحد ففعل الأجير في السوق منقول إلى صاحب الأغنام، باعتبار القاتل والمقتول فإنه عامل له فيهما، فصار فعله في السوق منقولًا إلى صاحب الأغنام، فكأن صاحب الأغنام ساق بنفسه. ولو ساق بنفسه فقتل بعضها بعضًا لا يجب الضمان إذا كانت الأغنام كلها للسائق، فكذلك.

وأما إذا كانت لرجلين بأن كان بعضها لزيد وبعضها لعمرو ففعل الأجير إن صار منقولًا إلى زيد باعتبار القاتل، فإنه عامل لزيد وفي حق القاتل، فإن القاتل مالك. فباعتبار المقتول لا ينتقل فعله في السوق إلى زيد؛ لأنه في سوق المقتول أجير عمرو، وإذا انتقل فعله إلى صاحب القاتل باعتبار القاتل، ولم يعتبر باعتبار المقتول لم يثبت الانتقال، فيبقى مقصورًا وللراعي أن يبعث الأغنام على يدي غلامه أو أجيره

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: تستلك.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: لواحد.

أو ولده الكبير الذي في عياله؛ لأن الرد من الحفظ. وله الحفظ بيد من في عياله. فكذا له الرد بيد من في عياله فيما هلك في يده حالة الرد. وإن كان الراعي مشتركًا فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة على كل حال.

وعندهما: إن هلك بأمر يمكن التحرز منه، فهو ضامن كما لو رد بنفسه وهلك في يده حالة الرد، وإن كان الراعي أجير خاص، فلا ضمان على كل حال، كما لو رد بنفسه وهلك في يده حالة الرد.

وشرط أن يكون الراد كبيرًا يقدر على الحفظ؛ لأنه متى كان صغيرًا لا يقدر على الحفظ يكون هذا تضييعًا منه، والأجير يضمن بالتضييع عندهم جميعًا. وشرط أن يكون في عياله؛ لأنه متى لم يكن في عياله كان الرد بيده وبيد أجنبي سواء، وليس له الرد بيد الأجنبي وكذلك بيد من ليس في عياله.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله -: أن للمشترك أن يرد بيد من ليس في عياله وليس للخاص ذلك.

والحاكم الشهيد - رحمه الله - سوى بينهما وقال: ليس لهما ذلك.

الراعي المشترك إذا خلط الأغنام بعضها ببعض، فإن كان يمكن التمييز بأن كان يعرف غنم كل واحد، فلا ضمان عليه؛ لأن مثل هذا الخلط ليس باستهلاك، ويكون بمنزلة خلط السود بالبيض. والقول قول الراعي في تعيين الغنم لكل واحد؛ لأن اليد له، فيكون القول قوله: إن هذا لهذا أو هذا، وإن كان لا يمكنه التمييز، بأن كان يقول: لا أعرف غنم كل واحد، فهو ضامن قيمة الأغنام؛ لأن مثل هذا الخلط استهلاك بمنزلة خلط السود بالسود والقول قول الراعي في مقدار القيمة؛ لأن صاحب الغنم يدعي عليه زيادة وهو ينكر.

وتعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط وهذا على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يشكل.

وعلى قولهما اختلف المشايخ بعضهم قالوا: تعتبر القيمة يوم القبض.

وقال بعضهم: يوم الخلط، وهو الصحيح؛ لأن الأجير المشترك عندهما لا يضمن بالقبض، وإنما يضمن بترك الحفظ والتضييع.

وقيل: يجب أن يتخير أصحاب الغنم إن شاؤوا ضمنوه، وإن شاؤوا أخذوها مشتركة كما في خلط الحنطة بالحنطة.

وإذا ادعى بعضهم طائفة من الغنم، فإن الراعي يحلف ما هذه غنم هذا؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقرَّ به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف. فإن حلف برئ وإن نكل ضمن القيمة لصاحبه. إذا خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن قيمتها يوم ذبحها؛ لأن الذبح ليس من عمل الرعي في شيء، فلا يكون داخلاً تحت العقد.

قال مشايخ بلخ - رحمهم الله -: هذا إذا كان يرجى حياتها [بأن كان مثل الحال يرجى حياتها][1] وموتها، أما إذا تيقن موتها فلا ضمان عليه؛ لأن الأمر بالرعي أمر بالحفظ، والحفظ الممكن حالة التيقن بالموت بالذبح. فيصير مأمورًا بالذبح في هذه الحالة.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من شركة واقعاته: أن من ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها يضمن، والبقار والراعي لا يضمن في مثل هذا. فرق بين الأجنبي وبين الراعي والبقار.

والفقيه أبو الليث - رحمه الله - سوى بينهما فقال: لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي والبقار؛ لوجود الإذن بالذبح دلالة في حق الكل في هذه الحالة، وهو الصحيح.

وكذلك الجواب في البعير؛ لأن الذبح في هذه المواضع لإصلاح اللحم، فأما في الحمار فلا يذبح. وكذا في البغل؛ لأن الذبح لا يصلح اللحم فيهما، وفي الفرس أيضًا لا يذبح عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الصحيح من مذهبه أن لحم الفرس مكروه كراهة التحريم.

---

(١) سقط في ح.

وإذا باع المالك بعض الأغنام، فإن كان [الراعي خاصًا لم يبطل شيء من الأجر، وإن كان][١] مشتركًا يبطل من الأجر [بحصة][٢] ما باع. فالكلام فيه نظير الكلام فيما إذا مات بعض الأغنام، وهذا؛ لأن الخاص يستحق الأجر بتسليم النفس، وقد سلم نفسه للرعي بأقصى ما في وسعه، وأما المشترك فيستحق الأجر بالعمل، ولم يوجد عمل الراعي فيما باع. وإذا أراد رب الغنم أن يزيد في الغنم ما يطيق الراعي، كان له ذلك إذا كان الراعي خاصًّا؛ لأن رب الغنم ملك جميع منافعه في حق الراعي[٣] في مدة الإجارة، فصار الأجير في حق الرعي بمنزلة العبد له، وله أن يكلف عبده من الرعي ما يطيق، فكذا ههنا ولا يكلفه فوق طاقته؛ لأن الأجير الخاص لا يكون أشقى حالًا من عبده، وليس له أن يكلف عبده من الرعي ما لا يطيق [فهاهنا][٤] أولى.

وسواء سمى له الغنم أو لم يسم فالعقد جائز إذا بين المدة؛ لأنه إذا بين المدة وصار أجير وحد تنصرف الإجارة إلى أقصى ما في وسع الأجير من الرعي في هذه المدة. فصار كأنه نص عليه. ولو نص عليه جاز العقد، وإن لم يسم الغنم كذا ههنا وهذا [إذا][٥] استأجر شهرًا ليرعى غنمه ولم يشر إلى الغنم، فأما إذا أشار إلى الغنم، بأن قال: استأجرتك لترعى هذه الأغنام ثم أراد المستأجر أن يزيد في الغنم، فالقياس: أن ليس له ذلك، كما في الراعي المشترك.

وفي الاستحسان: له ذلك؛ لأنه لو لم يشر إلى هذه الأغنام كان المستحق عليه بحكم هذه الإجارة من الرعي ما في وسعه وطاقته. ولو تغير موجب هذا العقد إنما يتغير بهذه الإشارة، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن قوله: هذه الأغنام ذكر بعض ما شمله أول الكلام على موافقة حكمه؛ لأن مطلق العقد يقتضي رعي هذه لا غير.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: الرعى.
(٤) في ح: فهذا.
(٥) سقط في ح.

وذكر بعض ما شمله أول الكلام على موافقة حكمه لا يوجب تغيير[١] أول الكلام، وإذا لم يوجب تغيير[٢] أول الكلام صار وجوده والعدم بمنزله. ولو انعدم قوله: هذه الأغنام، كان له أن يكلفه من الرعي ما يطيق كذا ههنا بخلاف الأجير المشترك؛ لأن الإشارة في الأجير المشترك ليست بذكر لبعض ما شمله مطلق العقد، بل هو ذكر لجميع ما يتناوله العقد؛ لأن العقد في الأجير المشترك لا يجوز إلا بالإشارة إلى الأغنام، أو[٣] بذكر العدد. وإذا كانت الإشارة بيانًا لجميع العقد تعلق العقد بالمشار إليه، فلم يكن له أن يكلفه مقدار الزيادة.

أما ههنا فالعقد[٤] يجوز، وإن لم يشر إلى الأغنام ولم يسم عددها، ويستحق عليه من الرعي مقدار ما يطيق، فكانت الإشارة ذكر [بعض ما شمله][٥] أول الكلام، والتقريب ما ذكرنا.

وإذا ولدت الأغنام أولادًا فإن كان الراعي أجيرًا خاصًا فعليه رعي الأولاد، وإن كان الراعي أجيرًا مشتركًا فليس عليه رعي الأولاد. وإن شرط على الأجير المشترك رعي ما يحدث من الأولاد فهو شرط فاسد. لو قارن به العقد، فسد قياسًا.

وفي الاستحسان: يجوز.

وجه القياس في ذلك: وهو أن بعض المعقود عليه [مجهول، وهو رعي الأولاد؛ لأنه لا يدري كم تلد الأغنام وكذلك الأجر][٦] مجهول؛ لأن الأجر بإزاء الأغنام، والأولاد إذا كانت مجهولة كان حصة الأولاد من الأجر مجهولة فتكون حصة الأمهات مجهولة أيضًا. ومع الجهالة يتمكن الخطر في هذا العقد؛ لأنه لا يدري أن

---

(١) في ح: تعيين.
(٢) في ح: تعيين.
(٣) في ح: و.
(٤) في ح: العقد.
(٥) في ح: البعض لشمله.
(٦) سقط في ح.

الأغنام تلد[١] أو لا تلد[٢].

وجه الاستحسان في ذلك: أن الجهالة إنما توجب فساد العقد؛ إذا كانت مانعة من التسليم والتسلم. وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأن تسليم الأولاد مما لا يحتاج إليه في الحال حتى يقال [في الحال][٣] مجهولة. وإنما يحتاج إليها بعد الحدوث، وبعد الحدوث هي معلومة؛ لأن رعي الأولاد شرط على سبيل الزيادة وما يكون زيادة على المعقود عليه لا يكون لها حصة من البدل ما لم يوجد، بل يكون بمقابلة الأصل، وحال وجود الأولاد الذي هو حال انقسام البدل الأولاد معلومة، فكان الأجر معلومًا والخطر المتمكن في وجود الأولاد لا يوجب فساد العقد في الأمهات، [لأن الأولاد جعلت معقودًا عليه على سبيل الزيادة، والخطر][٤] في الزيادة لا يوجب خطرًا في الأصل، والخطر في محل لا يمنع انعقاد [العقد][٥] في محل آخر، فالخطر في الأولاد لا يمنع انعقاد العقد في الأمهات للحال، وليس للراعي أن ينزي على شيء منها بغير أمر صاحبها، وإن فعل ذلك ضمن ما تلف منها؛ لأن الإنزاء لم يدخل تحت عقد الإجارة؛ لأن الإجارة عقدت على الرعي، والإنزاء ليس من الرعي، فصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله.

ولو أن الراعي لم يفعل ذلك، ولكن الفحل الذي في الغنم نزا على واحدة منها، فعطب فلا ضمان على الراعي في ذلك بالإجماع، إن كان الراعي أجيرًا خاصًّا. وإن كان مشتركًا فكذلك الجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: هو ضامن؛ لأن الهلاك حصل بأمر يمكن التحرز عنه.

وإن ندت واحدة، وترك اتباعها حتى لا يضيع الباقي فهو في سعة من ذلك، ولا

(١) في ح: يلدن.
(٢) في ح: يلدن.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.

ضمان عليه فيما ندت بالإجماع، إن كان الراعي خاصًّا.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: إن كان الراعي أجيرًا مشتركًا لا يضمن وإن ترك حفظ ما ندت، والأمين إنما يضمن بترك الحفظ؛ [لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ](١) إذا ترك بغير عذر، وأما إذا ترك بعذر، فإنه لا يضمن، كما لو دفع الوديعة إلى أجنبي حالة الحريق فإنه لا يضمن وإن ترك حفظها؛ لأنه تركها بعذر، فكذلك ههنا إنما ترك حفظها بعذر كيلا يضيع الباقي.

وعندهما: يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه.

ورأيت في بعض النسخ: لا ضمان عليه فيما إذا ندت إذا لم يجد من يبعثه بردها، أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك. وإن تكارى من يجيء بالواحدة فهو متطوع؛ لأنه لم يؤذن باستئجار هذا، وإن تفرقت الغنم والبقر عليه فرقًا فلم يقدر على اتباع كلها، فأقبل على فرقة منها وترك ما سوى ذلك، فهو في سعة من ذلك ولا ضمان عليه؛ لأنه ترك حفظ البعض بعذر.

وعلى قولهما: يضمن؛ لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه في الجملة.

وإذا كان الراعي أجيرًا مشتركًا فرعاها في بلد، فعطبت واحدة منها أو هلكت بآفة نحو الغرق في الماء، وافتراس السبع والسقوط من الجبل وما أشبه ذلك. فقال ربّ الغنم: إنما شرطت عليك أن ترعى في موضع كذا وكذا، أو(٢) عين موضعًا [آخر](٣) غير هذا الموضع، وقال الراعي: بل اشترطت علي الرعي في الموضع الذي رعيتها، فالقول قول ربّ الغنم بالإجماع حتى يضمن الراعي بالإجماع؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة الراعي حتى لا يضمن في قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه هو المدعي؛ لأنه يثبت ما ليس بثابت. وكذلك إذا كان الراعي أجيرًا خاصًّا، واختلفا على نحو ما قلنا فالقول قول رب الأغنام لما ذكرنا.

---

(١) في ح: الزيادة.
(٢) في ح: لو.
(٣) سقط في ح.

وإذا خالف الراعي ورعاها في غير المكان الذي أمره، فعطب فهو ضامن ولا أجر له، وإن سلمت الغنم القياس ألا أجر له.

وفي الاستحسان: يجب الأجر؛ لأن الراعي موافق في أصل الرّعي، مخالف في صفته. فإن الرعي في بعض الأماكن ربما يكون أجود من البعض. فعملنا بجانب الخلاف، وإن عطبت الأغنام فأوجبنا الضمان، ولم نوجب الأجر وعملنا بجانب الوفاق، إن سلمت الأغنام فأوجبنا الأجر.

وإن وقع الاختلاف بين الراعي وبين صاحب الأغنام فقال صاحب الأغنام: أمرتك بالرعي في هذا المكان، وقال الراعي: لا بل أمرتني بالرعي في هذا المكان، فالقول قول صاحب الأغنام.

راعي الرماك إذا توهق الرمكة[1]، فوقع الوهق في عنقها، فجذبها فعطبت فهو ضامن؛ لأن التوهيق لم يدخل تحت الإذن؛ لأنه ليس من عمل الرعي فكان التلف حاصلًا من عمل غير مأذون فيه، وإن فعل ذلك بإذن صاحب الرمكة فلا ضمان، هكذا ذكر في الأصل.

وقال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الراعي أجير وحد، وأما إذا كان أجيرًا مشتركًا فهو ضامن؛ لأن هذا من جناية يده، فيكون بمنزلة ما لو دق فتخرق، وعامتهم على أنه لا ضمان على كل حال؛ لأن هذا ليس من عمل الرعي، فكان الراعي معينًا فيه، ولا ضمان على المعين على كل حال. وإذا شرطوا على الراعي ضمان ما عطب، فهو جائز. ولا يفسد به العقد؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد من غير شرط، وإن شرطوا عليه ضمان ما مات منها، إن كان الشرط في العقد يفسد العقد؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وليس لأحد المتعاقدين فيه منفعة وإن شرط ذلك بعد العقد لم يصح الشرط، ولا يفسد به العقد. هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح إجاراته.

وعلى قياس ما ذكر القدوريّ في شرحه: إذا لحق بالعقد الصحيح شرط من

---

(١) في ح: رمكة.

الشروط المفسدة، التحقت بأصل العقد، فسد العقد في قول أبي حنيفة، يجب أن يقال على قول أبي حنيفة في فصل الإجارة(١)، أنه إذا لحق هذا الشرط بالعقد أن يفسد العقد، وإذا شرط على الراعي بأن يسمنها، وإلا فهو ضامن، فليس عليه إثبات السمنة؛ لأن إثبات السمنة عمل الشرط في هذه الشاة بعد انفساخ العقد فيها؛ لأن الإجارة فيما مات قد انفسخت بموتها، فلا يلزمه ذلك كما قبل الإجارة. ولا يصير ضامنًا بهذا الشرط لما مرّ من قبل هذا، وهل يفسد العقد بهذا الشرط؟ فهو على التفصيل الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة.

وإذا قال ربّ الغنم للراعي: دفعت إليك مائة شاة، وقال الراعي: لا، بل تسعين. فالقول قول الراعي لإنكاره القبض فيما زاد على التسعين. وإن أقاما البينة فالبينة بينة صاحب الغنم؛ لأنها [تثبت له](٢) زيادة في القبض على الراعي، وليس للراعي أن يسقي من ألبان الغنم، وأن يأكل؛ لأن هذا التصرفات لم تدخل تحت العقد؛ لأنها ليست من الرعي في شيء. وليس للراعي إذا كان خاصًّا أن يرعى غنم غيره بأجر، ولو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الرعي ومضى على ذلك شهور، ولم يعلم الأول به فله الأجر كاملاً على كل واحد منهما لا ينقص شيء من ذلك، إلا أنه يأثم.

وإن كان هذا [أجير واحد](٣) ليس له أن يؤاجر نفسه من غيره، بخلاف الأجير المشترك؛ لأن الأجير الواحد(٤) في الرعي يشبه الأجير المشترك من وجه، من حيث إنه يمكن إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه في المدة، بأن يرعى غنم الأول في المدة ويرعى غنم الثاني. فمن حيث إنه يقدر على إيفاء العمل لكل واحد منهما

---

(١) في ح: له إجارة.
(٢) في ح: بينة.
(٣) في ح: أجيرا وحد.
(٤) في ح: الوحد.

بتمامه، كان أجيرًا مشتركًا، ومن حيث إنه أوقع العقد على المدة لا [على][١] العمل كان أجير واحد، ولو كان أجيرًا مشتركًا من كل وجه كما في القصار والخياط كان له أن يؤاجر نفسه من غيره، ويستحق الأجر على كل واحد منهما كاملاً، ولا يأثم ولا يتصدق بشيء من ذلك.

ولو كان أجير واحد من كل وجه بأن أوقع العقد على المدة لعمل لا يمكنه صرفه إلى كل واحد منهما بتمامه في المدة بأن أجر نفسه يومًا بدرهم للحصاد، أو للخدمة فخدم أو حصد في بعض اليوم لغيره، فإنه لا يستحق الأجر كاملاً على الأول ويأثم، فإذا كان له شبهًا[٢] بأجير مشترك وفرنا على الشبهين حظهما، وقلنا: لشبهه بأجير مشترك يستحق الأجر كاملاً على كل واحد منهما، ولا يتصدق، ومن حيث إنه [أجير واحد][٣] يأثم توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبه الأجير الواحد [في الإثم لا في حق نقصان الأجر؛ ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأنا لو أظهرنا شبه أجير الواحد][٤] ونقصان الأجر، كان يأثم أيضًا؛ لأن الأجر إنما يسقط بمنعه بعض المعقود عليه عن الأول، وهذا يوجب الإثم، فيتعطل العمل بالشبهين، فلهذا أظهرنا شبه [أجير الواحد][٥] في حق الإثم، وفيما عدا ذلك من الأحكام ألحقناها بالأجير المشترك.

ونظير[٦] هذا ما قلنا في باب الظئر إذا استأجر ظئرًا شهرًا لترضع ولده، كانت أجيرة واحد[٧] حتى لا يكون لها أن تؤاجر نفسها، ولو أجرت نفسها من قوم آخرين ولم يعلم الأولون حتى مضت المدة، وقد أرضعت ولد كل واحد منهما فإنها تستحق

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: شبيها.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: الأجير الوحد.
(٦) في ح: ويظهر.
(٧) في ح: وحد.

الأجر كاملاً على كل واحد منهما. ولا تتصدق بشيء من ذلك، وتأثم. وإن كانت أجيرة واحد؛ لأنها أوقعت العقد على المدة لا على العمل، إلا أن لها شبهًا بالأجير المشترك في الرضاع من حيث إنه يمكنها إيفاء الرضاع إلى كل واحد منهما بتمامه فوفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: تأثم؛ [لشبهها بأجيرة الواحد وتستحق الأجر][١] لشبهها بالأجير المشترك كاملاً ولا تتصدق بشيء وكذلك هذا.

[قال][٢]: ولو كان يبطّل يومًا أو يومين من الشهر، أو مرض سقط الأجر بقدره؛ لأنه لم يسلم نفسه للرعي في مدة البطالة[٣] والمرض، وأجير الواحد إنما يستحق الأجر بتسليم النفس في المدة، وإذا لم يسلم نفسه للرعي في بعض المدة لم يستحق من الأجر بقدره؛ ولو دفع إليه غنمه [ليرعى][٤] على أنه أجرها ألبانها وأصوافها، فإن هذا فاسد؛ لأنه استأجره بمجهول ومعدوم؛ لأن الأصواف والألبان الموجودة في الحال مجهول المقدار، وما يزداد ويحدث بعد ذلك ساعة فساعة معدوم. وإذا كان أحدهما معدوما يمنع جواز الإجارة، ومجموعهما أولى أن يمنع.

قال: ولو دفع رجل غنمه إلى راع واشترط على الراعي جبنًا معلومًا وسمنًا معلومًا، وما بقي من ألبانها وسمنها وأصوافها، فهو للراعي فهذا فاسد؛ لأن فيه ما في الأول فإنه استأجره بمجهول ومعدوم؛ وإن ما يبقى بعد المشروط مجهول ومعدوم، وفيه زيادة غرر ليس في الأول. وهو أنه يجوز أن يبقى للراعي شيء بعد المشروط لربّ الغنم، فكان في هذا الفصل زيادة منع ليس في الأول، فإذا لم تجز الإجارة في الفصل الأول فههنا أولى وما أصاب الراعي من ألبانها وسمنها فهو ضامن؛ لأنه استهلكها بحكم عقد فاسد، وله على صاحب الغنم أجر المثل؛ لأنه استوفى عمله بحكم إجارة فاسدة.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: التبطل.
(٤) سقط في ح.

قال: وإن دفع الراعي غنم رجل إلى غيره فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر بذلك الراعي، فإن لصاحب الغنم أن يضمن الراعي، وليس له أن يضمن القابض إذا لم يقر أن المقبوض ملك المدعي، ولم يقم للمدعي بينة، أما الراعي يضمن؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر أمينًا أو ضمينًا، وأي ذلك اعتبر لابد من إيجاب الضمان عليه متى دفع المال إلى من ليس في عياله. ولا يضمن القابض للمدعي(١)؛ لأنه لم يثبت كون ما قبض القابض ملكًا للمدعي لا بإقرار القابض، ولا بالبينة لو ثبت إنما يثبت بإقرار الراعي، أن ما دفع كان لغيره مقبول في حقه، ولا يقبل في حق المدفوع إليه إذا أنكره، فلم يكن له تضمين القابض، فإن أقام المدعي البينة أن ما قبض كان له أو أقرَّ القابض بذلك إن كان ما قبض قائمًا بعينه في يد القابض كان للمدعي أن يأخذه؛ لأنه وجد عين ماله، وإن كان مستهلكًا كان المالك بالخيار إن شاء ضمن القابض، وإن شاء ضمن الراعي، أما تضمين الراعي فلا إشكال؛ لأنه دفع ماله إلى غيره، وأما القابض فتضمينه مشكل على قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الراعي دفع إليه على سبيل الإيداع. ومن مذهبه أن مودع المودع لا يضمن، إنما كان كذلك؛ لأنه وضع المسألة أنه استهلكها المدفوع إليه، ومودع المودع يضمن إذا استهلك عندهم جميعًا، إنما الخلاف فيما هلك في يده، وإذا رعى الراعي في مكان لم يؤذن بالرعي فيه، هل يستحق الأجر؟ فهذا على وجهين:

إما إن عطبت الغنم أو سلمت فإن عطبت فإنه لا أجر عليه؛ لأنها لما عطبت صار ضامنًا، فصار الغنم ملكًا له من وقت الخلاف فصار راعيًا ملك نفسه، فلا يستحق الأجر.

وإن سلمت فالقياس: ألا يستحق الأجر.

وفي الاستحسان: يستحق الأجر.

وجه القياس في ذلك: أنه خالف فلا يستحق الأجر، وإن لم يضمن قياسًا على ما

---

(١) في ح: المدعي.

لو استأجر دابة ليذهب بها إلى مكان كذا، فذهب بها إلى مكان آخر، وسلمت الدابة فإنه لا أجر عليه، وإن لم يضمن فكذلك هذا.

ووجه الاستحسان[١]: أن الراعي فيما صنع موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأنه موافق في أصل المعقود عليه مخالف في الصفة؛ لأن التفاوت بين[٢] المكانين في حق الراعي تفاوت يسير فلا يلحقها بجنسين مختلفين بسبب التفاوت اليسير فبقي الجنس واحدًا، وإنما اختلفا في الصفة لا غير، فإن الرعي في بعض الأمكنة ربما يكون أجود، فكان موافقًا في [حق][٣] الأصل مخالفًا في [حق][٤] الصفة والعمل بهما في حالة واحدة متعذر؛ لأن أحدهما يوجب الأجر والآخر يمنع ولم يوجب فعملنا في حالين. إن لم يسلم، عملنا بجانب الخلاف، وأوجبنا الضمان ولم نوجب الأجر، وإن سلم، عملنا بجانب الموافقة وأوجبنا الأجر.

وأما في باب الدابة: فالمستأجر مخالف من كل وجه؛ لأن الطرق في حق الركوب متفاوتة تفاوتًا فاحشًا، رب طريق يفسد الدابة يومًا بالسير فيه لصعوبته، ورب طريق لا يفسدها السير فيه شهرًا لسهولته، فالتحقا بجنسين مختلفين باعتبار التفاوت، جمعهما[٥] اسم واحد وهو الركوب واختلاف المجانسة بين الشيئين متى ثبت بسبب التفاوت دون الاسم، كاختلاف المجانسة الثابتة من حيث الحقيقة.

ولو استوفى جنسًا آخر حقيقة، بأن استأجر دابة للركوب فاستخدم عبده، أو لبس ثوبه لا أجر عليه سلم أو لم يسلم، فكذلك هذا.

[فإن قيل: هذا يشكل بما لو دفع ماله إلى رجل مضاربة على أن يعمل به في الكوفة فأخرجه من الكوفة، فباع واشترى حتى ربح، فإن المضاربة فاسدة،

---

(١) زاد في ح: وهو.
(٢) في ح: من.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: جميعهما.

ويضمن.

وهذا موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأن التفاوت بين الأماكن في حق التجارة تفاوت يسير، ولهذا صحت المضاربة من غير بيان المكان، ومع هذا قال: بأنه إذا تصرف في غير ذلك المكان، وربح فإنه يضمن كما لو خسر. قلنا: في المضاربة استهلك المضارب المال الذي وقعت فيه المضاربة بالبيع والشراء، فعاد إلى الكوفة، وفي يده مال آخر سوى ما وقعت عليه المضاربة. ولو أنه لم يستهلك المال، وعاد بالمال بعينه لم يكن عليه ضمان، وكان على المضاربة، فقياس مسألة المضاربة من مسألتنا أن لو عطبت الأغنام، وقياس مسألتنا من المضاربة أن لو لم يبع حتى عاد بالمال بعينه إلى الكوفة][1].

في فتاوى أهل سمرقند: بقار لأهل قرية ومرعاهم بين أشجار ملتفة لا يقدر البقار على النظر إلى جميع البقر[2]، فذهب من دواب سرحه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما يرعى دوابهم في هذا المرعى بأمرهم، وهم إنما يستحفظون البقار بما في وسعه، فإذا لم يكن في وسعه النظر إلى جميع الدواب في ذلك المرعى لم يلزمه ذلك، فلا يكون تاركًا حفظًا لزمه، فلا يضمن.

وفيه أيضًا: أهل موضع جرى العرف بينهم أن البقار إذا أدخل السرح في السكك أرسل [كل][3] بقرة في سكة صاحبها، [ولا يسلمها إلى صاحبها][4]، ففعل الراعي كذلك فضاعت بقرة أو شاة، قبل أن تصل إلى صاحبها، قال أبو نصر الدبوسي: لا ضمان عليه لما مر غير مرة أن المعروف كالمشروط. وقال بعضهم: إذا لم يعد ذلك خلافًا لا ضمان عليه.

وذكر في النوازل: أن من أرسل بقرة إلى بقار ليرعاها فجاء ليلة، فزعم أنه رد

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: الدواب.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.

بقرته، وأدخلها القرية وطلبها صاحبها في القرية، فلم يجدها ثم وجدها بعد أيام، قد نفقت في نهر في الجبانة. قال: إن كان أهل القرية رضوا من البقار بأن يأتي بالبقر إلى القرية، ولم يكلفوه أن يدخل كل بقرة في منزل صاحبها، فالقول قول البقار: أني قد جئت بالبقرة إلى القرية مع يمينه، ولا ضمان عليه إذا حلف، وإن أبى أن يحلف ضمن قيمتها.

وفي المنتقى: اشترط البقار على أصحاب البقر أني إذا أدخلت البقر القرية إلى موضع كذا منها فأنا بريء منها، فالشرط جائز وهو بريء. فإن مات بقر رجل منهم، فجاء بمثلها إلى موضع البقر الذي اجتمع فيه البقر ثم يخرجها. قال: هو على الشرط الأول، فإن بعث رجل ببقرة إلى ذلك الموضع، ولم يسمع بالشرط الذي كان بينه وبين أهل القرية لم يبرأ البقار حتى يرد عليه، وإن كان سمع بالشرط فالشرط جائز عليه استحسانًا.

وفي النوازل: امرأة بعثت ثورًا إلى بقار ثم جاء الرسول إليه فقال: الثور لي، فأخذ منه، فهلك الثور، إن قامت لها بينة، فلها أن ترجع على البقار؛ لأنه ظهر أن البقار دفع مالها إلى الغير بغير إذنها، ثم لا يرجع البقار على الرسول إن كان يعلم أنه لها، ومع ذلك دفع إليه، وإن لم يكن علم بذلك يرجع؛ لأنه مغرور.

بقار ترك البقور في جنانه وغاب عنها، فوقعت البقور في زرع رجل فأفسدته فلا ضمان عليه إلا أن يكون البقار هو الذي أرسلها في الزرع؛ لأن الزرع إنما تلف بفعل البقور وذلك غير مضاف إلى البقار، إذا لم يرسلها في الزرع، وقد مرّ أجناسه في كتاب الغصب والضمان.

أهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة فذهبت منها بقرة في نوبة أحدهم.

قال إبراهيم بن رستم: هو ضامن في قول من يضمن الأجير المشترك.

وقال أبو الليث - رحمه الله -: عندي أنه لا يضمن في قولهم جميعًا؛ لأن كل واحد منهم معين في رعيه لا أجير له؛ لأنه إن جعل أجيرًا كان ذلك مبادلة منفعة

بمنفعة من جنسها وذلك لا يجوز، فكان معينًا لا أجيرًا، والمعين لا يضمن.

ذكر المسألة في مجموع النوازل قال [ثمة][(١)]: وإذا كان نوبة أحدهم فلم يذهب هو لكن استأجر رجلًا ليحفظها فأخرج الباقورة إلى المفازة، ثم رجع إلى الأكل، يعني: الأجير، ثم عاد فضاع بقر منها، ينظر: إن كان ضاع بعدما رجع الأجير من[(٢)] الأكل فلا ضمان على الأجير، وإن ضاع قبل ذلك فهو ضامن، ولا ضمان على صاحب النوبة بحال؛ لأن له أن يحفظها بأجرائه، ولكن هذا إذا لم يشترط عليه الحفظ بنفسه على ما مر قبل هذا.

قالوا: إنما يضمن الأجير إذا ترك الدواب من غير حافظ من أهله، وأما إذا ترك حافظا مع الدواب من أهله، فلا ضمان على الأجير بحال.

رجل استؤجر لحفظ الخان فسرق من الخان شيء لا ضمان عليه؛ لأنه يحفظ الأبواب، وأما الأموال في يد أربابها فلا يضمن إلا بتضييع منه ولم يوجد، هذا جواب الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

وذكر عن أحمد بن محمد القاضي: في الحارس يحرس الحوانيت في السوق فنقب حانوت وسرق منه شيء، أنه ضامن؛ لأنه في معنى المشترك؛ لأن لكل واحد حانوتا على حدة، فصار بمنزلة من يرعى غنمًا لكل إنسان شاة ونحو ذلك.

قال الفقيه أبو بكر- رحمه الله -: عندي أن الحارس أجير خاص، ألا ترى أنه لو أراد أن يشغل[(٣)] نفسه في صنف آخر لم يكن له ذلك، والفتوى على قول الفقيه أبي بكر، والفقيه أبي جعفر.

وإذا استأجر الحارس واحد من أهل السوق فله أن يأخذ الأجرة منهم جميعًا، ويجعل له ما يأخذ منهم إذا كان المستأجر رئيسهم؛ لأن في هذا جرت المعاملة،

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: عن.
(٣) في ح: يستغل.

وصار كأنهم استأجروه جميعًا، وإن كرهوا ولم يرضوا بذلك فكراهتهم باطلة؛ لأن في ذلك مصلحتهم، وإذا استأجر رئيسهم جاز؛ لأنهم جعلوه كالسيد على أنفسهم فكان استئجاره بمنزلة استئجارهم.

ولا يصير البقار تاركًا للحفظ وإن قام ما لم يغب الثور عن بصره، فإن[١] غاب عن بصره يصير تاركًا للحفظ.

قالوا: وتأويله: إذا نام جالسًا، أما إذا نام مضطجعًا [يصير تاركًا للحفظ، وقد ذكرنا في كتاب الوديعة الفرق بين النوم مضطجعًا][٢] وبين النوم جالسًا في غير السفن وسوينا بينهما في السفن، فقلنا: لا ضمان على كل حال فهاهنا يكون كذلك.

* * *

(١) في ح: فإذا.
(٢) سقط في ح.

نوع آخر: كثير من مسائل هذا النوع قد مر قبل هذا:

رجل دفع إلى صباغ إبريسما ليصبغه بكذا، ثم إن صاحب الإبريسم قال للصباغ: لا تصبغ إبريسمي ورد علي ذلك، فلم يدفعه، ثم هلك الإبريسم في يد الصباغ، فلا ضمان على الصباغ؛ لأن الإجارة قد انعقدت بينهما بوصف الصحة، والمستأجر لا يتمكن من فسخ الإجارة من غير رضا صاحبه إلا بعذر، فبقي حكم العقد بعد نهي المستأجر، ومن حكم هذا العقد أن العين أمانة في يد الأجير، فلا يضمن ما في يده إلا بالتعدي ولم يوجد منه التعدي.

وفي فتاوى أبي الليث: قصار وضع الثوب على الحب في الحانوت وأقعد ابن أخته حافظا وغاب القصار فدخل ابن أخته الحانوت الأسفل وقد طار الثوب، فهذا على وجهين:

إن كان البيت الأسفل بحال لو دخلها إنسان غاب عنه الموضع الذي كان فيه الثوب وإنه على وجهين أيضًا:

إن كان ابن الأخت ضمه إلى القصار أبوه أو أمه أو لم يكن له أب ولا أم فضمه الخال إلى نفسه فالضمان على الصبي؛ لأنه ضيع بترك الحفظ الواجب عليه، ولا ضمان على القصار؛ لأن له أن يحفظ الثوب بيد ذلك الصبي، ولا يضمن القصار بترك الثياب عند الصبي.

وإن كان الصبي غير منضم إلى القصار من جهة من[1] ذكرنا، لكن القصار أخذ بيده وأقعده حافظًا للحانوت فالضمان على القصار؛ لأنه مخالف في استحفاظ من ليس في عياله.

وإن كان الصبي بحيث يراه مع دخوله ذلك الموضع، فإن كان الصبي منضمًا إليه، فلا ضمان على واحد منهما.

أما القصار فلأن له حفظه بيد الصبي، وأما الصبي فلأنه لم يترك الحفظ لما كان

---

(١) في ح: ما.

الموضع الذي دخل فيه بحيث يرى الثوب فيه.

قصار سلّم ثياب الناس إلى أجير له ليشمسها في المقصرة ويحفظها، فنام الأجير ثم رجع بالثياب، وقد ضاع منها خمس قطع لا يدري كيف ضاعت ومتى ضاعت، قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إذا لم يعلم أنه ضاع في حال نومه، فالضمان على القصار دون الأجير، وإن علم أنه ضاع في حال نومه، فالأجير ضامن بتركه الحفظ الواجب عليه، وإن شاء صاحب الثياب ضمن القصار في الوجهين جميعًا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إنما قال: له أن يضمن القصار [لأنه كان يأخذ في مسألة الأجير المشترك بقول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، أما في قول أبي حنيفة فلا ضمان على القصار][1]؛ لأن الهلاك لم يكن بعلمه[2]، وبه نأخذ.

قصار رهن ثوب قصارة ثم افتكه وقد أصاب الثوب نجاسة عند المرتهن فلما نظر إليه صاحب الثوب كلف القصار بتنقيته فامتنع القصار من ذلك وتشاجرا وترك الثوب في يد القصار فهلك عنده، إن كانت النجاسة لم تنقص من قيمة الثوب فلا شيء على القصار؛ لأنه إن خالف بالرهن فإن افتكه وخلى بينه وبين المالك خرج عن ضمان قيمة الثوب.

والنجاسة إذا لم تنقص من قيمته لا يلزمه بسببها شيء، بمنزلة من صب على عبد غيره نجاسة، فجعل صاحب العبد العبد عنده ليغسل تلك النجاسة فهلك، لا ضمان عليه.

وإن نقص قيمته فليس على القصار إلا نقصان الثوب، والثوب هلك أمانة لما ذكرنا، أنه بالتخلية خرج عن [ضمان][3] الثوب.

وهو نظير من خرق ثوب إنسان خرقًا يسيرًا، فقال له رب الثوب: أصلح هذا

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: بعمله.
(٣) سقط في ح.

الخرق فأبى فترك الثوب عنده فهلك، لم يكن على المخرق إلا نقصان الخرق، وكذلك هاهنا.

وإذا دق أجير القصار ثوبًا من ثياب القصارة فخرقه أو عصر فتخرق فلا ضمان عليه؛ لأن الخرق حصل من عمل القصارة في ثوب القصارة، والأجير مأذون في ذلك؛ لأن الإذن يثبت بالإجارة، وإنه أجير بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، لا يضمن بالخرق من عمله المأذون فيه، إلا أن يخالف؛ لأنه أجير وحد في حق القصار ولم يخالف، والأستاذ ضامن؛ لأن عمل الأجير منقول[١] إليه فيصير كأن الأستاذ عمل بنفسه من حيث الحكم، ولو عمل الأستاذ بنفسه حقيقة كان عليه الضمان كذا هاهنا.

وإذا وطئ ثوبًا فتخرق إن كان ثوبًا يوطأ مثله فلا ضمان عليه بذلك؛ لأنه مأذون من جهة الأستاذ دلالة، وإن كان ثوبًا لا يوطأ مثله، فإنه يضمن سواء كان الثوب ثوب القصارة أو لم يكن[٢]، بخلاف ما لو دق فتخرق أو عصر فتخرق؛ لأنه مأذون في ذلك من جهة الأستاذ، وهذا بخلاف ما لو حمل شيئًا من بيت القصار بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق، إن كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير، وإنما يضمن الأستاذ وإن لم يكن من ثياب القصارة ضمن الأجير، وفي الوطء يضمن في الحالين إذا كان مما لا يوطأ مثله.

ووجه الفرق بينهما: أن الوطء[٣] غير مأذون فيه من جهة الأستاذ لا نصًّا ولا دلالة أيضًا، أما نصًّا فلأنه ليس من أعمال القصارة، ودلالة فلأن الثوب إذا كان رقيقًا لا يوطأ مثله فالثابت بدلالة الحال النهي عن وطئه لا الإذن بوطئه، وأما الحمل من أعمال القصارة وأشباهها، فإذا سقط على ثوب القصارة فالفساد حصل من عمل[٤]

(١) زاد في ح: إلى الأستاذ لأنه عمل بإذنه فيكون عمله منقولا.
(٢) قال في المحيط البرهاني: لأنه غير مأذون لوطء ما لا يوطأ مثله من جهة الأستاذ.
(٣) زاد في ح: يضمن مع.
(٤) في ح: أعمال.

القصارة في ثوب القصارة، والأجير مأمور بأعمال القصارة في ثياب القصارة، فيصير عمله منقولًا إلى الأستاذ فلا يضمن الأجير، ويضمن الأستاذ، كما لو دق فتخرق.

وإن وقع على ما ليس من ثوب القصارة، والفساد حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأن ما أذن فيه بالقصارة، فيما كان من ثياب القصارة، لا فيما ليس من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما لم يكن من ثياب القصارة، وإذا لم يكن هذا يدخل [تحت الإذن كان هو والأجنبي في ذلك سواء، وكذلك لو دخل بنار](١) أو سراج بأمر القصار فوقعت شرارة على ثوب فأحرقته، إن كان من ثياب القصارة، فلا ضمان على الأجير، وإنما الضمان على الأستاذ وإن لم يكن من ثياب القصارة ضمن الأجير، أما ما كان من ثياب القصارة فلأنه مأذون فيه بالقصارة، وهذا من أسبابه فما تولد منه يكون ضمان ذلك على الأستاذ لا على الأجير، كما لو دق فتخرق منه.

ويضمن ما ليس من ثياب القصارة؛ لأنه ليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، فيكون الأجير والأجنبي في ذلك سواء(٢). وكذلك إذا استأجر رجلًا ليخدمه، فوقع شيء من يديه من متاع البيت، وسقط على شيءٍ من متاع البيت، فأفسده فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه أجير في حق الواقع، والموقع عليه؛ لأنه استؤجر للخدمة، وإنما يستأجر ليرفع متاع البيت ويضع، فيكون بمنزلة أجير القصار إذا دق فتخرق ثوب من ثياب القصارة، بخلاف ما لو سقط على وديعة كان عند صاحب البيت فأفسده، فإن هناك على الخادم الضمان؛ لأنه ليس بأجير فيما كان عنده من الوديعة، فيكون هو والأجنبي سواء. وكان بمنزلة أجير القصار إذا سقط من يده شيء فوقع على ثوب ليس من ثياب القصارة فأفسده. وهناك يجب الضمان على الأجير، فكذلك هذا.

بخلاف المودع إذا سقط من يده شيء فوقع على الوديعة فأفسدها يضمن، وههنا قال: لا يضمن، وذلك؛ لأن المودع مأمور بالحفظ والإمساك غير مأمور بالتصرف

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: على السواء.

فيها، فإذا سقط من يده عليها شيء كان ضامنًا؛ لأنه لم يتولد هذا من الحفظ، فأما الأجير للخدمة مأمور بالعمل في متاع البيت؛ لأنه هو الذي يتولى رفعها ووضعها، فإذا تولد من ذلك فساد لا يكون عليه ضمان؛ لأنه تولد من عمل مأذون فيه. وكان قياس الوديعة في مسألتنا أن لو سقطت الوديعة من يد المودع، فهلكت وهناك لا ضمان؛ لأن الهلاك حصل من الإمساك[١]، وإنه مأذون فيه فكذلك هذا. ولو أن أجير القصار فيما يدق من الثياب انفلتت منه المدقة، فوقعت على ثوب فتخرق، فهذا على وجهين:

أما [إن][٢] انفلتت المدقة أولًا على الثوب قبل أن يقع على الخشبة التي يدق عليها، أو انفلتت بعدما وقعت على الخشبة التي يدق عليها، فإن انفلتت قبل أن يقع على ثوب القصارة وخرق ثوبًا. إن كان من ثياب القصارة فلا ضمان عليه، وإنما[٣] الضمان على الأستاذ؛ لأن الخرق حصل من عمل القصارة فيما كان من ثياب القصارة فيكون بإذن الأستاذ؛ لأنه أجير القصار في حق هذا الثوب، وأجير القصار لا يضمن ما جنت يده، وإنما يضمن الأستاذ، وإن وقع على ثوب ليس من ثياب القصارة، فإن[٤] الأجير يضمن؛ لأن الخرق حصل بغير إذن الأستاذ؛ لأن الإذن بالعمل يثبت بالإجارة، وإنه أجير فيما كان من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، فيكون هو والأجنبي في ذلك سواء.

وأما إذا انفلتت المدقة بعدما وقعت على الخشبة التي يدق عليها ثياب القصارة، فأصاب ثوبًا آخر، ذكر في ظاهر الرواية: أنه لا يضمن بلا تفصيل، بين أن يكون ذلك الثوب من ثياب القصارة أو لم يكن من ثيابه.

وحكي عن أبي بكر البلخي - رحمه الله - أنه كان يقول: يجب أن يكون

---

(١) في ح: الإسناد.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: وإن.
(٤) في ح: فلأن.

الجواب فيه، كالجواب فيما إذا وقعت المدقة ابتداء على هذا الثوب، وقد ذكر الجواب فيه على التفصيل، فكذلك هذا.

وهذا؛ لأن الإذن بالعمل يثبت بالإجارة، وإنه أجير القصار فيما كان من ثياب القصارة، ولكن في ظاهر الرواية لم يفصل. فكأنه فرق بين انفلات المدقة على الثوب الذي ليس من ثياب القصارة قبل وقوعها على الخشبة، وبين انفلاتها بعدما وقعت على الخشبة، وعليها ثياب القصارة.

[**ووجه الفرق بينهما**: أن الانفلات متى حصل أولًا على الثوب الذي ليس من ثياب القصارة][1]، فهذا العمل غير مأذون فيه أصلاً؛ لأن الإذن ثبت بالإجارة، وإنه أجير فيما كان من ثياب القصارة، وهذا بغير إذن بقي مقصورًا على الأجير. ولم ينتقل إلى الأستاذ، فكان الضمان على الأجير لا على الأستاذ.

فأما إذا وقع أولًا على الخشبة التي يدق عليها وعليها ثوب القصارة ثم انفلتت إلى ثوب آخر ليس من ثياب القصارة وتخرق فهذا العمل حصل بإذن الأستاذ؛ لأنها وقعت على ثوب القصارة أولًا، وإنه أجير في حقه، فيكون مأذونًا في دقه[2]. وإذا كان هذا العمل حاصلاً بإذن الأستاذ انتقل هذا القدر من العمل إلى الأستاذ، فكأن الأستاذ دق بنفسه ثم انفلتت المدقة بعد ما وقعت على الخشبة التي يدق عليها، وأصاب الثوب فتخرق، ولو كان كذلك يجب الضمان على الأستاذ لا على الأجير، فكذلك هذا.

وإن أصابت آدميًّا يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا في الثوب، إن كان الانفلات على الآدمي قبل أن يقع على الخشبة فالضمان على الغلام، وإن كان بعد ما وقعت على الخشبة يجب أن يكون الضمان على الأستاذ لا على الأجير، كأن الأستاذ فعل بنفسه.

---

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: حقه.

ولو كسر شيئًا من أداة القصارة، فإن كان مما يدق ويدق عليه فلا ضمان عليه[(١)]؛ لأنه مسلط على استعمالها لا على استعمال ما لا يدق وما لا يدق عليه.

ولو جفف القصار الثوب على حبل فمرت به حمولة فخرقت، لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الهلاك ليس من فعله وعمله.

وعندهما: يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه، والسائق ضامن؛ لأن مشي الدابة منقول إلى السائق، فما تولد من مشيها كان ضمان ذلك على السائق.

وفي العيون: قصار استعان برب الثوب [ليدقه][(٢)] معه، فأعانه وتخرق الثوب ولا يدري من أي المدقين تخرق، فالضمان كله على القصار، رواه ابن سماعة عن محمد- رحمه الله -.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن على القصار نصف القيمة باعتبار الأحوال.

لمحمد: أن الثوب في ضمان القصار بالقبض، فما يحدث فيه يكون في ضمانه إلا أن يعلم أنه من فعل غيره، وهذا يجب أن يكون على قولهما خاصة.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي ألا يضمن القصار أصلاً ما لم يعلم أنه تخرق من دقه [بناء][(٣)] على أن يد الأجير المشترك يد أمانة عنده، يد ضمان عندهما، أو يكون قوله كقول أبي يوسف باعتبار الأحوال.

وفي النوازل: سلم ثوبًا إلى قصار أو خياط، ثم وَكَّل رجلاً بقبضه، فدفع إليه القصار غير ذلك الثوب؛ لم يلزم ذلك رب الثوب؛ لأن القصار لا يستفيد بالمعاوضة ولا بالتمليك من ربّ الثوب، ولا ضمان على الوكيل إذا هلك الثوب في يده؛ لأنه قبض مال القصار بأمره، فكان أمينًا، ولرب الثوب أن يتبع القصار بثوبه.

---

(١) قال في المحيط: لأنه سلط على استعمال ما يدق، ويدق عليه من جهة الأستاذ، فيكون الكسر حاصلا بإذن الأستاذ فلا يضمن فأما إذا كان مما لا يدق ولا يدق عليه. فالأجير ضامن لأن الكسر حصل بغير إذن الأستاذ فإنه غير مسلط من جهة الأستاذ.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

هذا إذا كان الثوب المدفوع إلى الوكيل ثوبه، وإن كان ثوب غير القصار كان لصاحب الثوب الخيار: إن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن القصار فإن ضمن القصار، فالقصار لا يرجع على الرسول، وإن ضمن الرسول رجع على القصار؛ لأنه مغرور من جهته.

وفي المنتقى: رجل عنده ثياب وديعة، فجعل فيها ثوبًا ثم طلبها صاحبها، فدفعها كلها إليه، فضاع الثوب المستودع فالآخذ ضامن له، كلُ من أخذ شيئًا على أنه له، فضاع فهو ضامن له.

وسئل القاضي شمس الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - عمن دفع ثوبه إلى قصار ليقصره اليوم، فلم يفعل اليوم حتى هلك الثوب، هل يضمن القصار؟ قال: نعم.

رجل بعث ثوبًا إلى قصار بيد تلميذه، ثم قال للقصار: إذا أصلحته فلا تدفعه إلى تلميذي، فلما أصلحه دفعه إلى تلميذه، فذهب التلميذ بالثوب هل يضمن القصار؟

فقيل: إن كان التلميذ حين دفع الثوب إلى القصار لم يقل له: هذا ثوب فلان بعث به إليك، فلا يضمن، وإن كان قال ذلك للقصار، فإن صدق القصار التلميذ في ذلك ضمن، وإلا فلا.

* * *

[**نوع آخر**: الرد في الأجير المشترك، نحو القصّار والنساج، على الأجير؛ لأن الرد بعض القبض، وإنما يجب على من كان منفعة القبض له، ومنفعة القبض في هذه المواضع للأجير؛ لأن للأجير عين، وهو الأجرة، ولرب الثوب منفعة، ومنفعة الأجير أكثر فكان الرد عليه، وهذا بخلاف ما لو أجر عبدًا أو دابة، وفرغ المستأجر، فإنه يجب الرد على صاحب الدابة؛ لأنه يجب له الرد وهو عين، وللمستأجر منفعة، فكان منفعة الأجير أكثر، فكان الرد عليه.

❋ ❋ ❋

نوع آخر: النخاس أجير مشترك؛ لأنه يبيع للناس ويشتري لهم بأجر، حتى لو ضاعت جارية أو ضاع عبد لا بصنعه لا يضمن عند أبي حنيفة. وكذلك كان أجير مشترك؛ لأنه يحفظ مال الناس بأجر فمتى ضاع شيء لا بصنعه، فإن وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. وكذلك الدلال أجير مشترك ولو دفع الدلال الثوب إلى رجل ليراه، ويشتري فذهب بالثوب ولم يظفر به، فلا ضمان على الدلال؛ لأن هذا أمر لا بدّ منه في البيع، ولو كان في يد الدلال ثوب فقال له رجل: هذا مالي سرق مني، فدفع الدلال ذلك إلى من أعطاه فلا ضمان عليه؛ لأن أكثر ما فيه أن الدلال غاصب، إلا أنه قد رده على الغاصب، وغاصب الغاصب يبرأ بالرد على الغاصب.

نوع آخر: إذا][1] دفع إلى قصار ثوبًا، فلما سلمه القصار إليه قال: ليس هذا ثوبي، قال محمد - رحمه الله -: القول قول القصار مع يمينه، في قول من يضمن القصار، وفي قول من لا يضمن القصار، ولكن لا يصدق في الأجر ولا أجر عليه، وإنما كان القول قول القصار؛ لأنه إن اعتبر ضمينًا، فالقول قول الضمين في مثل هذا، كالغاصب يقول هذا هو الذي غصبته، وإن اعتبر أمينًا فكذلك كالمودع إذا قال: هذا هو الذي أودعني، إلا أنه لا يستحق الأجر؛ لأن الضمين والأمين إنما لا يصدقان في حق دفع الضمان عن أنفسهما، أما في إيجاب الضمان على غيرهما، فلا؛ لأن المدعي الأجير، والمنكر هو المستأجر؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، إنما تملك باستيفاء المنفعة المعقود عليها، ولم يعلم استيفاؤها.

وفي فتاوى الفضلي: استأجر حمالًا ليحمل له حمولة إلى بلد كذا، أو سلمها إلى السمسار، فحملها فقال السمسار للحمال: إن وزن الحمولة في القبان صح كذا وقد نقصت في الوزن، فأنا[2] أعطيك من الأجر بحساب ما نقص، ثم اختلفا بعد ذلك، فقال السمسار: أوفيتك الأجر، وكذبه الحمال فالقول للحمال، ولا خصومة لكل واحد منهما على صاحبه؛ لأنه لا شغل بينهما، إنما الخصومة بين الحمال وبين صاحب الحمولة.

وفي العيون عن محمد - رحمه الله -: فيمن دفع إلى ملاح أكرارا [من][3] حنطة فحمل كل كر بكذا، فلما بلغا موضع الشرط، قال رب الطعام: نقص طعامي. وقد كان كاله على الملاح. وقال الملاح: لم ينقص فالقول قول صاحب الطعام. ويقال لصاحب الطعام: كله حتى يأخذ منه من كل كر مقدار ما سمى ولو طلب ضمان الملاح، وقد كان دفع أجره، فالقول للملاح؛ لأن الطعام وافر، ويقال لصاحب

---

(١) سقط في ح.
(٢) زاد في ح: لا.
(٣) سقط في ح.

الطعام: كله حتى تضمنه ما نقص من طعامك؛ لأن في الوجه الأول: الملاح يدعي زيادة الأجرة، وصاحب الطعام منكر لما ذكرنا أن الأجرة إنما تجب بالعمل لا بنفس العقد.

وفي الوجه الثاني صاحب الطعام يدعي وجوب رد شيء من الأجر بحسابه، والملاح ينكر، ثم قال هاهنا: يقال لصاحب الطعام: كله، حتى تضمنه ما نقص من طعامك، فيحتمل [حتى يسترد من الأجر بقدر ما نقص من طعامك، ويحتمل][1] أنه أراد به تضمين ما انتقص من الطعام كما هو ظاهر اللفظ، فإن كان المراد به الأول فهو على قول الكل ظاهر، وإن كان المراد به الثاني فهذا على قول محمد رحمه الله خاصة، أو على قوله وقول أبي يوسف على ما ذكرنا فيما إذا قال الأجير المشترك: قد رددت، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ليس لصاحب الطعام تضمين الملاح، إلا بجناية أو تقصير منه على ما ذكرنا. والفتوى على قوله.

وفي النوازل: راكب سفينة قال له صاحب السفينة: حملتك بدرهمين، فهات الدرهمين. وقال الراكب: بل استأجرتني لأحفظ السكان بدرهمين، فهات الدرهمين. وأقاما البينة، تقبل بينة الراكب؛ لأن صاحب السفينة حيث استأجره ليحفظ السكان، فقد أذن له بأن يركب كذا ذكر ههنا.

وذكر بعد هذا: رجل ادعى على رجل إنك استأجرتني لأمسك السكان في سفينتك، من ترمذ إلى آمل بعشرة دراهم، وادعى عليه رب السفينة أني حملتك في سفينتي من ترمذ إلى آمل بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، والبداية بيمين أحدهما ليست بأولى من البداية بيمين[2] الآخر، لاستواء حالهما في الدعوى والإنكار، فللقاضي أن يبدأ بأحدهما، وإن أقرع نفيًا للتهمة فحسن ولا أجر لكل واحد منهما على صاحبه.

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: من.

وإن[١] أقاما البيّنة، فالبينة بيّنة الملاح، وله على صاحب السفينة عشرة دراهم، ولا أجر لصاحب السفينة على الملاح؛ لأن الأمرين جميعًا لو كانا لكانت إجارة صاحب السفينة [انتقضت][٢]؛ لأنه لا بد للملاح من كونه في السفينة.

ولو ادعى رجل على آخر أني أكريتك بغلاً من سمرقند إلى بلخ بعشرة دراهم، وادعى عليه الأجر، وقال الآخر: إنك استأجرتني لأنقله إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، ولا أجر. وإن أقاما البينة، فبينة صاحب البغل أولى؛ لأن حفظ البغل واجب على غير صاحب البغل على تقدير ثبوت الأمرين، فلا تجوز الإجارة على ذلك تقدمت أو تأخرت، فلا يجب الأجر.

❋ ❋ ❋

---

(١) في ح: فإن.
(٢) سقط في ح.

[نوع آخر][١]: إذا دفع غزلًا إلى نساج لينسجه، أو دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره، أو إلى صباغ ليصبغه، فجحد المدفوع إليه الغزل أو الثوب وحلف على ذلك ثم أقر وجاء به منسوجًا أو مقصورًا أو مصبوغًا، فإن كان قد عمل[٢] قبل الجحود فله الأجر[٣] وإن كان عمل بعد الجحود، ففي النساج الثوبُ للنساج، وهو ضامن للمالك غزلًا مثل غزله؛ لأنه بالجحود صار غاصبًا للغزل؛ ومن غصب غزلًا ونسجه يبطل حق المالك، [و][٤] ضمن مثل ذلك الغزل؛ لأن الغزل من ذوات الأمثال ولا أجر له؛ لأنه عمل لنفسه.

وفي القصار الثوبُ لصاحبه ولا أجر له؛ لأنه ليس [له][٥] في الثوب عين مال قائم، وقد عمل بعد بطلان الإجارة.

وفي الصباغ يخير رب الثوب إن شاء أعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه؛ لأن له عين مال قائم في الثوب وهو الصبغ، بخلاف القصار، وإن شاء ترك عليه ثوبه وضمنه قيمته أبيض كما في الغصب. هذه الجملة في[٦] العيون.

وفي واقعات الناطقي: ثوب مخيط قال رب الثوب: أنا خطته، وقال الخياط: أنا خطته، فإن كان في يد رب الثوب، أو في داره فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأنه ينكر ما يدعيه الخياط، فإذا حلف لا أجر عليه، وإن كان في يد الخياط أو في أيديهما، فالقول للخياط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، وإذا حلف [لا أجر عليه، وإن كان في يد الخياط][٧] فله الأجر على رب الثوب.

وفي النوازل: دفع إلى رجل مصحفًا ليعمل فيه، ودفع الغلاف معه، أو دفع سيفًا

(١) سقط في ح.
(٢) زاد في ح: فيه.
(٣) قال في المحيط: لأنه عمل حال قيام الإجارة، فاستحق الأجر.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) في ح: من.
(٧) سقط في ح.

إلى صقال ليصقله، ودفع الجفن معه، فسرق لا يضمن الغلاف؛ لأنه في الغلاف مودع؛ لا أجير، والمودع لا يضمن إلا ما جنت يده.

وفي القدوري عن محمد - رحمه الله - أنه قال: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن السيف لا يستغني عن الجفن، والمصحف عن الغلاف، فصار كشيء واحد، وإن أعطاه مصحفًا يعمل له غلافًا، أو سكينًا يعمل له نصابًا، فضاع المصحف أو السكين لم يضمن؛ لأنه أستأجره على إيقاع العمل في غيرهما لا فيهما وهما ليسا بتبع لذلك الغير، بخلاف ما تقدم، فكان فيهما كالمودع، وهذا كله على قول محمد.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يضمن إلا ما هلك بصنعه أو بالتقصير في الحفظ، كالمودع. والفتوى على قول أبي حنيفة، كما ذكرنا.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل دفع إلى رجل سيفًا ليصلح من جفنه [شيئًا][(١)]، فضاع نصله لم[(٢)] يضمن؛ لأن النصل عنده وديعة؛ لأن العمل في الجفن، وكذلك لو دفع إليه مصحفًا ينقطه بأجر، فضاع غلافه لا يضمن. وكذلك إذا دفع إليه ثوبًا ليرفوه في منديل، فضاع المنديل، وكذلك إذا دفع إليه ميزانًا ليصلح كفيه، فضاع العود الذي في الميزان. ولو دفع إليه ثوبًا يقطعه صفة على سرجه، فهو ضامن للصفة والسرج؛ لأن العمل فيهما.

دفع إلى صانع ذهبًا ليتخذ له سوارًا منسوجًا، والنسج لم يكن من عمله، فأصلح الذهب وطوله ودفعه إلى من ينسجه، فسرق من الثاني، فإن كان الصانع الأول دفعه إلى الثاني بغير أمر مالكه، ولم يكن الثاني أجيرًا ولا تلميذًا له، كان للمالك أن يضمن أيهما شآء في قولهما. وعند أبي حنيفة رحمه الله: الصانع ضامن، [أما الأجير فإن][(٣)] ذكر أنه سرق منه بعد العمل لم يضمن؛ لأنه إذا فرغ من العمل

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: لا.
(٣) في ح: فإنه.

صارت يده يد وديعة، أما ما دام في العمل، فيده يد ضمان؛ لأنه يتصرف في مال الغير بغير أمره، ومودع المودع إنما لا يضمن إذا لم يتصرف في الوديعة بغير أمر مالكها.

إذا زاد الآجر أو المستأجر في [المعقود أو][1] المعقود به فهذا على وجهين: إن كانت الزيادة مجهولة [له][2] لا يجوز سواء كانت الزيادة من الآجر أو من المستأجر.

وإن [كانت الزيادة معلومة، إن][3] كانت الزيادة من جانب الآجر يجوز سواء كانت الزيادة من جنس ما أجر أو من خلاف جنس ما أجر، وإن كانت الزيادة من جانب المستأجر، إن كانت الزيادة من جنس ما استأجر لا يجوز؛ لأنه تمليك منفعة بمنفعة بجنسها، وإنه باطل عندنا، وإن كانت من خلاف جنس ما استأجر يجوز؛ لأنه تمليك منفعة بمنفعة هي من خلاف جنسها وإنه جائز. ذكر شيخ الإسلام هذه الجملة في شرح كتاب الصلح.

وإذا زاد المستأجر في الأجرة فإن جدد الإجارة عند الزيادة تنتقض الإجارة الأولى، وإن لم يجدد لا تنتقض الأولى، ويكون هذا زيادة في الأجر، والزيادة في الأجر جائزة كالزيادة في الثمن. ذكره في المنتقى وتأويل هذه المسألة إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المستأجر.

إذا وكل الرجل رجلاً بأن يستأجر[4] له دارًا بعينها ببدل معلوم ففعل، فالآجر يطالب الوكيل بالأجرة، والوكيل يطالب الموكل، وللوكيل أن يطالب الموكل بالأجرة، وإن لم يطالبه الآجر. وإذا وهب الآجر الأجر من الوكيل، أو أبرأه صح. وللوكيل أن يرجع بالأجر على الآمر.

الوكيل باستئجار الدار، إذا ناقص الإجارة مع الآجر إن لم يكن الوكيل قبض

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: يشتري.

المستأجر، فمناقصته صحيحة قياسًا واستحسانًا، وإن قبضه فالقياس أن تصح المناقصة.

وفي الاستحسان: لا تصح.

وإذا وكله أن يستأجر أرضًا له شهرًا، فأجرها شهرين، فالشهر الأول للموكل، والشهر الثاني للوكيل.

وإذا وكل رجلين باستئجار دار وأرض فاستأجر أحدهما وقع العقد للوكيل؛ لأن [أحد](١) الوكيلين لا ينفرد بالاستئجار فتعذر إيقاع العقد للموكل فيقع للوكيل فإن دفعها الوكيل إلى الموكل انعقدت(٢) بينه وبين الموكل إجارة مبتدأة بالتعاطي. وهذه المسألة نص أن الإجارة تنعقد بالتعاطي.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد. وفي الأمالي عن أبي يوسف(٣): رجل أمر رجلاً أن يؤاجر داره أو أرضه من رجل بأجر معلوم ففعل، ثم إن المؤاجر ناقص المستأجر الأجرة(٤)، فالنقص جائز ولا ضمان على المؤاجر. ولو كان الأجر شيئًا بعينه وتعجل الآجر ذلك لا تجوز مناقصته على الآمر.

والفرق أن في المسألة الثانية: الأجر صار مملوكًا للآمر، فالمؤاجر بالنقص يريد إزالة ذلك عن(٥) ملك [الآمر، أما في المسألة الأولى الآمر لم يملك شيئًا، فالمؤاجر بالنقص لا يزيل ملكه](٦) عن شيء، فافترقا.

وإذا وكل الرجل رجلاً أن يستأجر له دارًا بعينها من رجل هذه السنة بمائة درهم، فاستأجرها الوكيل وقبضها(٧) من المؤاجر، وأراد الموكل أخذها من الوكيل، فمنعها

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: انعقد.
(٣) في ح: حنيفة.
(٤) في ح: الإجارة.
(٥) في ح: على.
(٦) سقط في ح.
(٧) في ح: وقبض.

الوكيل من الموكل حتى يأخذ الأجر، فهذه المسألة على وجوه:

الأول: أن تكون [الأجرة مطلقة][١]، وفي هذا الوجه ليس للوكيل أن يحبس الدار من الموكل؛ لأن الوكيل بالاستئجار في حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه، ثم أجر من الموكل، ولو كان هكذا وكان الأجر مطلقًا لم يكن للوكيل منع الدار؛ لأجل الأجرة؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، فكذا ههنا. فإن منعها الوكيل مع أنه ليس له حق المنع حتى مضت السنة، فالأجر واجب على الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه. والأجر من حقوق العقد ولو استأجر الدار لنفسه سنة، وقبض الدار مدة الإجارة كان عليه الأجر، وإن لم يسكن كذا ههنا. ويرجع الوكيل على الموكل بالأجرة؛ لأن الوكيل قبض الدار من الآجر وله حق القبض، وقبض الوكيل متى حصل بحق، فهو بمنزلة قبض الموكل في حق المعقود عليه؛ لأن يد الوكيل في حق المعقود عليه الذي يقابله البدل يد أمانة ونيابة، وللمنفعة حكم الوجود شيئًا فشيئًا في حق حكم العقد. فإذا صار يد الوكيل كيد الموكل صار كأن المنافع [وجدت][٢] شيئًا فشيئًا في يد الموكل، فلا يسقط شيء من الأجر إلا إذا خرج يد الوكيل عن أن تكون يد الموكل، وذلك بأحد معنيين: بأن يحبس الوكيل العين بالبدل حتى تصير يد الوكيل يد ضمان بحكم العقد، وذلك لم يوجد ههنا؛ لأنه ليس للوكيل ههنا حق الحبس بالأجرة.

والثاني[٣]: أن يصير الوكيل غاصبًا، ولا يمكن تحقيق الغصب هاهنا؛ [لا في حق المنافع][٤]؛ لأن حق المنافع ليست بمحل الغصب عندنا، ولا في حق العين؛ لأنه لو اعتبر غاصبًا للعين إما أن يعتبر من الآجر، أو من الموكل، لا وجه إلى الأول؛ لأن قبض الوكيل الدار من الآجر حصل بحكم العقد، ولا وجه إلى الثاني؛

---

(١) في ح: الأجر مطلقا.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: والباقي.
(٤) سقط في ح.

لأن الموكل ليس بمالك للعين، والغصب من غير المالك لا يتصور. وإذا لم تنقلب يد الوكيل يد غصب، ولا يد ضمان بحكم الحبس بقيت يد الوكيل يد أمانة، فصار حدوث المنافع في يد الوكيل ووجودها(١) في يد الموكل سواء.

الوجه الثاني: أن يكون الأجر مؤجلاً إلى سنة، والجواب في هذا الوجه [نظير](٢) الجواب في الوجه الأول؛ والكلام في هذا الوجه أظهر؛ لأن العقد إذا كان مطلقًا، فالأجرة لا تجب إلا بالسكنى، وإذا كان الأجر مؤجلاً لا يجب إلا بعد السنة، فكان انعدام حق الحبس للوكيل ههنا أظهر وأبين، فكان أولى بألا تتبدل يده عن النيابة، والأمانة بالضمان.

ولو غصب رجل أجنبي الدار من المستأجر، أو من الآجر(٣) حتى تمت السنة لم يجب عليهما أجر؛ لأن يد الغاصب ليس كيد المستأجر، ولا كيد الآجر فيما يرجع إلى حكم العقد، والمنافع(٤) تحدث شيئًا فشيئًا، فحصل هلاك المعقود عليه قبل قبض العاقد، وقبل قبض من وقع له العقد، فأوجب سقوط الأجر. بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك الدار في يد الوكيل عند حدوث المنفعة حقيقة، ويد الوكيل يد الموكل حكمًا، فحصل هلاك المعقود عليه بعد قبض من وقع له العقد، من حيث الحكم فلهذا لم يسقط الأجر.

ورأيت في تعليق جدي القاضي الإمام جمال الدين - رحمه الله - وذكر في بعض الروايات: أن الوكيل في هذه الصورة لا يرجع بالأجر على الآجر استحسانًا. قال - رحمه الله -: وهو الصحيح، فكأنه قال: إن الوكيل بالحبس صار غاصبًا الدار من الآمر، والغصب من غير المالك متصور في الجملة، فصار هذا وما لو غصبه أجنبي سواء.

---

(١) في ح: وحدوثها.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: الأجنبي.
(٤) في ح: فالمنافع.

وهكذا روى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - [وأشار جدي إلى المعنى فقال: قبض الوكيل كقبض الموكل، فوقع قبض الوكيل أولًا للموكل، وصار الوكيل بالسكنى بعد ذلك غاصبا السكنى من الموكل، فيوجب ذلك سقوط الأجر عن الموكل. وأشار ابن سماعة إلى المعنى لأبي يوسف - رحمه الله -][1] فقال: الوكيل بالاستئجار في حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه، ثم أجر من الموكل حكمًا. ولو كان هكذا حقيقة، ولم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل حتى مضت السنة لم يستحق الوكيل الأجر على الموكل، كذا ههنا.

قال: وكذلك لو كان الآمر قبض الدار من الوكيل، ثم تعدى عليه الوكيل فأخرجها من يد الآمر حتى مضت السنة، لزم[2] الأجر لرب الدار على الوكيل، ويرجع الوكيل به على الآمر؛ لأن الوكيل قبض الدار وله حق القبض، فصار الموكل قابضًا بقبضه[3] حكمًا، فلو سقط الأجر عن الآمر، إنما يسقط إذا خرج يد الوكيل من أن يكون [يد][4] الموكل، ولم يخرج على ما مر.

فإن انهدمت الدار من سكنى الوكيل، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصر غاصبًا الدار من الآمر لما مر ولم يصر غاصبًا بالسكنى؛ لأن أكثر ما في ذلك أنه شرط سكنى الآمر إلا أن السكنى مثل السكنى، ألا ترى أن من أستأجر دارًا ليسكنها بنفسه، فأسكنها غيره بأجر أو بغير أجر، لم يصر مخالفًا حتى يلزمه الأجر فههنا كذلك.

هذا الذي ذكرنا إذا استأجر الوكيل الدار سنة بمائة[5] درهم مؤجلة، أو مطلقًا. فأما إذا شرط الوكيل تعجيل الأجر يصح عليه وعلى الآمر؛ لأن الأجر[6] مطلق

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: لزمه.
(٣) في ح: بعضه.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: بمائتي.
(٦) في ح: الأمر.

وتعجيل الأجر معتاد، فيملك الوكيل ذلك، فالوكيل[(١)] بالبيع المطلق يملك البيع بالأجل المعتاد بالاتفاق فههنا كذلك فإن قبض الوكيل الدار ودفع الأجرة، أو لم يدفع [فله][(٢)] أن يمنع الدار من الآجر حتى يستوفي الأجر، لما ذكرنا أن الوكيل بالاستئجار في حق حقوق العقد كأنه استأجره لنفسه ثم أجره من موكله بشرط تعجيل الأجر كان له حق حبس الدار، كذا ههنا.

فإذا منع الوكيل الدار من الموكل بعدما طلب الموكل حتى مضت السنة، والدار في يد الوكيل، فالأجر للآجر على الوكيل لما مرّ، ولا يرجع به على الآمر؛ لأنه لما حبس الدار من الآجر[(٣)]، وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من أن تكون يد أمانة ونيابة، فلم تصر المنافع حادثة في يد الموكل حكمًا، فلم يجب الأجر على الموكل، وصار كالوكيل بشراء العين إذا قبض العين، وطلبه الآمر فمنعه عنه الوكيل، ثم هلك في يد الوكيل. وهناك يبطل عن الآمر الثمن لبدل[(٤)] يده كذا ههنا، فلو لم يطلب الآمر الدار حتى مضت السنة لزم الوكيل الأجر به على الآجر؛ لأن الآمر صار قابضًا للدار بقبض الوكيل. فلو تبدلت يد الوكيل، إنما تبدل بالمنع، وذلك إنما يكون بعد الطلب، ولم يوجد فصار يد الوكيل باقيًا على حكم النيابة، كما في الوكيل بشراء العين.

وإن مضى نصف السنة، ثم طلب الآمر الدار، فمنع الوكيل منه حتى تمت السنة، وجب الأجر كله على الوكيل، ويرجع على الآمر بحصة ما كان قبل الطلب، ولا يرجع بحصة ما بعد الطلب، والمنع اعتبارًا للبعض بالكل، وصار كالوكيل بشراء الأعيان إذا هلك بعضها في يده قبل طلب الموكل، وبعضها بعد طلب الموكل، ومنع الوكيل، فالوكيل يؤاخذ بالثمن كله، ويرجع على الآجر بحصة ما هلك قبل

---

(١) في ح: كالوكيل.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: الآمر.
(٤) في ح: لتبدل.

الطلب، ولا يرجع بحصة ما هلك بعد المنع، والطلب وكذلك ههنا.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل أمر رجلاً أن يستأجر له أرضًا بعينها، فاستأجر المأمور كما أمره[١] الآمر [به][٢]، ثم إن الآمر اشترى الأرض لنفسه بعد ذلك من صاحبها، وهو لا يعلم بالإجارة ثم علم، فإنه لا يكون له أن يردها، وتكون في يده بحكم الإجارة.

معنى قوله: (لا يردها بالإجارة)؛ لأن استئجار المأمور الآمر قد صح، ونفذ على الآمر، وتعلق به حق الآمر؛ فلا يملك إبطال حقه بالنقض[٣] والرد عليه.

وفيه أيضًا: الوكيل باستئجار[٤] دار بعينها بعشرة لو[٥] استأجرها بخمسة عشر، ودفعها إلى الموكل. وقال: إنما استأجرتها بعشرة، فلا أجر على الآمر، وعلى الوكيل الأجر لرب الدار؛ لأن العقد يفسد على الوكيل لمكان الخلاف. وهذه المسألة دليل أن الإجارة لا تنعقد [بالتعاطي][٦].

وفي نوادر إبراهيم عن محمد - رحمهما الله -: الوكيل بإجارة الأراضي إذا دفع الأراضي مزارعة، إن كان البذر من قبل الوكيل لا يجوز. وإن كان من قبل المزارع جاز؛ لأن البذر إن كان من قبل المزارع يصير المزارع مستأجرًا، والوكيل مؤاجرًا، ولا كذلك ما إذا كان البذر من قبل الوكيل.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف في الوكيل بإجارة الدار بعشرة، إذا أجرها بخمسة عشر، فهو فاسد، ويتصدق بالخمسة إن كان قد أخذها[٧].

---

(١) في ح: لغيره.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: بالقبض.
(٤) في ح: في استئجار.
(٥) في ح: أو.
(٦) سقط في ح.
(٧) في أ: فلأخذهما.

إذا استأجر الرجل دارًا، ولم يسم ما يعمل فيها، ينصرف إلى السكنى، وليس له أن يعمل فيها عمل القصارين والحدادين، فإن عمل فانهدم كان عليه الضمان، ولا أجر عليه قياسًا، وعليه الأجر استحسانًا.

والراعي إذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي فيه، فعطب الغنم أو ما أشبهه، صار الراعي ضامنًا لما عطب ولا أجر له. وإن سلمت الغنم كان في وجوب الأجر له قياسًا واستحسانًا على ما مر.

وإذا استأجر ثوبًا ليلبسه مدة معلومة بأجر معلوم، ليس له أن يلبس غيره فإن ألبس غيره في ذلك الوقت إن هلك، ضمنه اللبس ولا أجر عليه، وإن سلم، لا أجر عليه أيضًا.

وإذا استأجر دابة بعينها ليركبها إلى مكان معلوم بأجر معلوم، ليس له أن يركب غيره فإن حمل عليها غيره، ضمن، ولا أجر عليه وإن ركب هو وحمل معه آخر، فسلمت، فعليه الكراء كله، وإن عطب بعد بلوغها ذلك المكان من ذلك الركوب، فعليه الأجر كله، وهو ضامن لنصف قيمته.

وإذا استأجر دابة ليذهب في مكان كذا، فذهب بها في مكان آخر وسلمت الدابة، أو هلكت، فلا أجر عليه.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن استيفاء المعقود عليه إنما يجب الأجر على المستأجر، وعند استيفاء ما ليس بمعقود عليه، إنما الأجر على المستأجر إذا تمكن من استيفاء ما هو معقود عليه، وأما إذا لم يتمكن فلا. ألا ترى أن من استأجر من آخر ثوبًا بعينه ليلبسه، وغصب هذا المستأجر من [هذا](1) الآجر ثوبًا آخر، ثم إن المستأجر لبس الثوب المغصوب دون الثوب المستأجر، فإن كان متمكنًا من لبس الثوب المستأجر بأن كان في بيته فإنه يجب الأجر على المستأجر في الثوب المستأجر، وإن لم يكن متمكنًا بأن غصب رجل الثوب المستأجر من المستأجر لا

---

(١) سقط في ح.

أجر على المستأجر أصلاً؛ لهذا؛ لأن في الوجه الأول: استوفى ما ليس بمعقود عليه، وهو منافع الثوب المغصوب مع تمكنه من استيفاء ما هو معقود عليه.

وفي الوجه الثاني: استوفى ما ليس بمعقود عليه مع عجزه عن استيفاء ما هو معقود عليه، ومتى استوفى ما هو معقود عليه وزيادة، فإن سلم العين سقط اعتبار الزيادة، فيجب الأجر، ولا يجب الضمان، وإن[1] هلك العين بسبب استيفاء [تلك الزيادة، إن صار المستأجر بسبب استيفاء][2] الزيادة مستعملاً كل العين، يجب ضمان كل العين، وإن صار مستعملاً بعض العين يجب ضمان البعض، وهل يجب الأجر؟ ففيما إذا وجب ضمان كل العين، لا يجب شيء من الأجر، وفيما إذا وجب ضمان العين بقدر الزيادة يجب كل الأجر، ومتى كان المستوفى مع ما دخل تحت العقد جنسًا واحدًا من حيث الاسم، إلا أن بينهما تفاوتًا فإن كان تفاوتًا فاحشًا، التحقا بجنسين مختلفين، ولا يعتبر معقودًا عليه فباستيفائه لا يجب الأجر، وإن كان التفاوت يسيرًا لا يلحقان بجنسين مختلفين، بل يعتبر الجنس واحدًا، ويكون التفاوت راجعًا إلى الصفة، فإن لم يسلم يجب الضمان، ولا يجب الأجر وإذا سلم يجب الأجر ولا يجب الضمان.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة البيت فنقول: المعقود عليه لما كان هو السكنى، فإذا سكن وعمل فيها عمل القصارين والحدادين، فقد استوفى ما هو معقود عليه وهو سكناه إلا أنه استوفى زيادة شيء بسبب عمل القصارين والحدادين، فإن سلمت الدار، سقط اعتبار الزيادة، وإن هلكت الدار لا يجب الأجر، ويجب كل الضمان؛ لأنه باستيفاء هذه الزيادة صار مستعملاً كل الدار، فيجب ضمان الكل عند الهلاك، ولم يجب شيء من الأجر.

وأما مسألة الراعي قلنا: الرعي في هذا المكان والرعي في المكان الذي أذن

---

(١) في ح: وإذا.
(٢) سقط في ح.

بالرعي فيه واحد اسمًا إلا أن بينهما تفاوتًا، وهذا التفاوت يسير في الرعي، ولهذا صحت الإجارة على الرعي، وإن لم يبين المكان، فيبقى الجنس واحدًا فكان هذا اختلافًا في الصفة، فإن الرعي في [بعض][(١)] الأمكنة ربّما يكون أجود، فلهذا كان كما قلنا.

وأما مسألة الثوب قلنا: التفاوت بين اللبسين تفاوت فاحش، فالتحقا بجنسين مختلفين، وإن جمعهما الاسم، والداخل تحت العقد [لبس][(٢)] فكان لبس غيره، باعتبار هذا التفاوت غير داخل [تحت العقد][(٣)]، فكان هذا استيفاء ما ليس بمعقود عليه، ولم يكن المستأجر متمكنًا من استيفاء ما هو معقود عليه، وهو لبسه في المدة؛ لأن ذلك إنما يكون إذا لم يكن في يد غيره، وكذلك الوجه فيما إذا استأجر دابة بعينها ليركب إلى مكان معلوم، فأردف غيره إلى ذلك المكان، وسلمت الدابة، فقد استوفى ما هو المعقود عليه وزيادة، فإن[(٤)] سلمت، سقط اعتبار الزيادة، فيجب كل الأجر، وإن هلكت من الركوب بعد بلوغها إلى ذلك المكان لم يسقط اعتبار الزيادة، فيجب الضمان. ولكن إنما يضمن نصف قيمته؛ لأنه باستيفاء الزيادة صار مستعملاً بعض الدابة، وهو ما زاد على مقدار ركوب المستأجر [الدابة][(٥)]، أما قدر ركوب المستأجر، فهو داخل في الإجارة؛ لأن المعقود عليه ههنا مقدر بالركوب لا بالمدة فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجرًا والبعض غير[(٦)] مستأجر، فصار باستيفاء هذه الزيادة مستعملاً هذا القدر، فلهذا يجب عليه ضمان ذلك القدر[(٧)]، وجب كل الأجر.

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: فإذا.
(٥) سقط في ح.
(٦) في أ: فهو.
(٧) في ح: العقد.

وفيما إذا استأجر دابة ليذهب إلى مكان كذا، فذهب بها إلى مكان آخر فنقول: بين المكانين تفاوت في الركوب، فاعتبر الجنسين مختلفين، فلم يكن الركوب إلى مكان آخر معقودًا عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب الأجر أصلا، إذا لم يمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، وإذا ذهب بها في مكان آخر فما تمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

والأصل: أن فساد الإجارة إذا كان لجهالة المسمى يجب أجر المثل بالغا ما بلغ، وإذا كان الفساد بسبب آخر مع كون المسمى معلوما يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى، قد مر هذا الأصل بشرحه وفروعه في فصل بيان ما يجوز من الإجارات وما لا يجوز.

قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا سنة بعبد بعينه ولو سكن المستأجر الدار شهرًا وهلك العبد بعد ذلك في يد المستأجر قبل التسليم إلى رب الدار.

قال[(١)]: على المستأجر أجر مثل الدار يعني بحصة الشهر؛ لأن العقد قد فسد بهلاك العبد قبل التسليم كما في بيع العرض بالعرض إذا هلك أحد العرضين قبل التسليم فتصير منافع الشهر مستوفاة بحكم العقد الفاسد فيجب ردها دفعا للفساد وتعذر ردها صورة فيجب ردها معنى برد قيمتها وقيمة المنافع أجر المثل إلا أنه يجب أجر المثل هاهنا بالغًا ما بلغ حتى إذا كان أجر المثل أكثر مما يخص [الشهر][(٢)] من قيمة العبد يجب ذلك كله بخلاف ما إذا كانت الإجارة فاسدة [من الابتداء، فإنه لا يزاد أجر المثل على ما يخص الشهر من][(٣)] قيمة العبد.

---

(١) في ح: وأن.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: فإن هناك لا يراد أجر المثل على.

والفرق: أن المنافع إنما تتقوم بالعقد، وفي مسألتنا الاستيفاء في الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل وجه؛ لأن العقد كان جائزًا حالة الاستيفاء في الشهر، وإنما فسد من بعد، فصار المستوفى متقومًا من كل وجه، فصار ملحقًا بالعين، ومتى وجب رد العين بسبب الفساد وتعذر رد عينه يجب رد قيمته بالغة ما بلغت، فأما إذا كان العقد فاسدًا من الابتداء فالعقد وجد من وجه دون وجه، فإنه وجد بأصله لا بوصفه فيثبت التقوم للمنافع من وجه دون وجه فيثبت التقوم بقدر المسمى، ولا يثبت فيما زاد على المسمى، ففيما زاد على المسمى الاستيفاء يكون بغير عقد فلا يجب بمقابلته شيء، ثم أوجب قيمة المنافع ولم يوجب قيمة العبد.

فرق بين الإجارة وبين النكاح، فإن من تزوج امرأة على عبد وهلك العبد قبل التسليم أو استحق البدل ترجع المرأة على الزوج بقيمة البدل وهو العبد لا بقيمة المبدل وهو منافع بضعها.

وفي باب الإجارة قال: متى هلك العبد قبل التسليم فرب الدار يرجع بقيمة المبدل وهو المنافع[١] لا بقيمة البدل وهو العبد.

والفرق: أن النكاح مما لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب فلا ينفسخ بهلاك العبد قبل التسليم أو استحقاقه، [ففي السبب الموجب لتسليم العبد وهو عاجز عن تسليمه فيجب تسليم قيمته، أما الإجارة تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ فتنفسخ بهلاك العبد قبل التسليم واستحقاقه][٢] أو يفسد، وإذا انفسخ أو فسد وجب رد المنافع وتعذر ردها صورة، فيجب[٣] ردها معنى برد قيمتها.

الغاصب إذا أجر المغصوب ثم أجاز المالك الإجارة والأجرة فيما مضى قبل الإجارة للغاصب؛ لأنه هو العاقد وفيما يستقبل للمالك؛ لأنه فضولي في حق المالك ولو لم يجز حتى مضت السنة والأجر كله للمؤاجر هكذا ذكر في فتاوى أبي

(١) في ح: منافع الدار.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: يجب.

الليث قال فأجر ما مضى من السنة للمعتق وأجر ما بقي من المدة بعد العتق للمعتق.

وذكر القدوري في آخر إجاراته: والإجارة عندنا تتوقف على الإجازة كسائر العقود[١] فإن أجاز المالك قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الأجرة للمالك وإن أجاز بعد استيفائها لم تعتبر الإجارة فالأجرة للعاقد وإن أجاز في بعض المدة فالأجرة فيما مضى وفيما بقي للمالك.

وفي القدوري: لو أعطى الغاصب الأرض مزارعة فأجاز رب الأرض، جاز فإن كان الزرع قد شغل ولا سمن، فلا شيء للغاصب من الزرع وهو للمالك وإن سمن الزرع ولم تلحقه الإجارة وهو الغاصب.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب المزارعة: أن البذر إن كان من جهة الغاصب لا تجوز إجازة الماك؛ لأن العقد لم يرد على حق المالك إنما ورد على منافع العامل وذلك حق العامل وعلى بعض الخارج من بذر الغاصب وذلك حقه، وإذا لم يتناول العقد ملك المالك لا تعمل إجازته.

فإن كان البذر من قبل العامل صلحت إجازة المالك قبل الزراعة ولا تصح بعد الزراعة؛ لأن الإجارة وردت على منافع أرضه فتتوقف على إجازته إلا أن إجازته لا تعمل بعد الزراعة؛ لأن العقد انتهى نهايته.

(قوله: إجازة المالك لا تعمل بعد الزارعة)؛ لأن العقد قد انتهى مشكل بما إذا أجر الغاصب سنين ومضت السنين ثم ادعى المالك أني كنت أجزت عقده لا يقبل قوله إلا ببينة ولو قال: كنت أمرته يقبل، كبالغة زوجها أبوها ثم مات الزوج فقالت: كنت أجزت عقد الأب لم تصدق إلا ببينة ولو قالت: كان بأمري قبل قولها.

[وفي النوازل][٢] ساحة بين يدي حانوت لرجل في الشارع فأجرها من رجل يبيع الفاكهة كل شهر بدرهم قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: ما حصل من الأجرة

---

(١) زاد في ح: فأما البقية الإجارة.

(٢) في ح: الميراث.

فللعاقد؛ لأنه غاصب وينبغي أن يتصدق بذلك لحينه.

قال أبو الليث رحمه الله: إنما يجب الأجر إذا بنى هناك دكان أو نحوه حتى يصير بذلك غاصبا أما إذا لم يفعل ذلك فلا؛ لأنه ليس بأحق من المستأجر، في إجارات النوازل.

ذكرنا في كتاب البيوع كيفية الاستصناع وصفته، وما يجوز من ذلك وما لا يجوز، ولم نذكر ثمة[1] المسائل فنذكرها ههنا، ومحمد - رحمه الله - أورد باب الاستصناع في البيوع و الإجارات، فنحن فعلنا هذا هكذا أيضًا اتباعًا له.

والاستصناع: أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كان العين من المستصنع لا من الصانع يكون إجارة، ولا يكون استصناعًا.

قال محمد - رحمه الله -: وإذا سلم الرجل إلى حائك في ثوب من قطن ينسجه له، وسمى عرضه وطوله وجنسه ورفعته، والغزل من الحائك حتى كان استصناعًا، فالقياس أن يجوز؛ لأنه استصناع في عمل معلوم، ببدل معلوم فيجوز، كما في الخفاف والأواني استحسن وقال: لا يجوز؛ لأن جواز الاستصناع بخلاف القياس؛ لأنه بيع المعدوم، إلا أنه جوزه لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب فيبقى على أصل القياس.

وإن ضرب لذلك أجلاً يصير سلمًا، ذكر المسألة في كتاب الإجارات من غير ذكر خلاف.

وذكر في كتاب البيوع من شرح شيخ الإسلام - رحمه الله -: أن الاستصناع فيما للناس فيه تعامل يصير سلمًا، بضرب الأجل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما: لا يصير سلمًا، وفيما لا تعامل للناس فيه نحو الثياب يصير سلمًا بضرب الأجل بالإجماع.

وفي القدوري: وإن ضرب للاستصناع أجلاً فهو بمنزلة السلم، يحتاج فيه إلى

(١) في ح: الميراث.

قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: ليس بسلم من غير فصل بين ما للناس فيه تعامل، وبين ما لا تعامل لهم فيه فذكر المسألة في كتاب الإجارات من غير ذكر خلاف.

يؤيد ما ذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب البيوع: أن فيما لا تعامل للناس فيه يصير الاستصناع سلمًا بضرب الأجل بالإجماع.

قال محمد - رحمه الله -: وإذا دفع حديدًا إلى حداد يصنعه عينا سماه، بأجر مسمى فجاء به الحداد على ما أمره به(١) فإنه لا خيار لصاحب الحديد، ويجبر على القبول.

ولو خالفه فيما أمره به، فإن خالفه من حيث الجنس(٢) بأن أمره بأن يصنع له قدومًا، فصنع له مرًا ضمن حديدًا، مثل حديده، والإناء له ولا خيار لصاحب الحديد. فإن خالفه من حيث الوصف(٣)، بأن أمره أن يصنع له منه قدومًا يصلح للنجارة، فصنع منه [قدومًا](٤) يصلح لكسر الحطب، فصاحب الحديد بالخيار إن شاء ضمنه حديدًا مثل حديده، وترك القدوم عليه، ولا أجر له، وإن شاء أخذ القدوم وأعطاه الأجر، وكذلك الحكم في كل ما سلمه إلى عامل ليصنع منه شيئًا سماه، كالجلد يسلمه إلى الإسكاف ليصنعه خفين، أو ما أشبهه.

رجل سلم غزلًا إلى حائك لينسجه، وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من عنده، فهذا على أربعة أوجه:

الأول: أن يقول: أقرضني رطلاً من غزلك على أن أعطيك مثله، وأمره أن ينسج منه ثوبًا على صفة معلومة بأجرة معلومة، فإنه جائز استحسانًا، سواء كان

---

(١) في ح: به.
(٢) زاد في ح: الحديد.
(٣) في ح: الموصف.
(٤) سقط في ح.

الاستقراض[١] مشروطًا في عقد الإجارة، أو لم يكن.

فالقياس فيما إذا كان الاستقراض مشروطًا في عقد الإجارة ألا تجوز هذه الإجارة؛ لأن هذه إجارة مشروط فيها ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه [منفعة][٢]، ولكن تركنا القياس للتعارف والتعامل؛ فإن العرف جار فيما بين الناس، أنهم يدفعون غزلًا، ويأمرون الحائك بنسج ثوب مقدر ولا يفي الغزل للثوب المأمور به ويشترطون قرض ما يتم به الثوب من عند الحائك، فهذا شرط متعامل فيما بين الناس من غير نكير منكر، فيجوز ويترك القياس لأجله كما ترك القياس في الاستصناع للتعامل، وترك القياس فيما إذا اشترى نعلاً على أن يشركه البائع ويحده كان الشراء جائزًا وإن شرط فيما اشترى أجرًا، فهو جائز؛ لأنه شرط متعارف فيما بين الناس، وكذلك هذا.

الوجه الثاني: إذا قال: زدني رطلاً من غزلك على أن أعطيك غزلا مثل غزلك، وإنه جائز ويكون قرضا.

الوجه الثالث: أن يقول: زدني، وسكت، فإنه يجوز أيضا ويكون قرضًا. وإنما جعل قرضًا، كما إذا قال: على أن أعطيك مثل غزلك؛ لأنه وإن اجتمع البيع يحتمل القرض أيضا فكان حمله على القرض حتى لا يصير بائعًا ما ليس عنده، وإنه منهي عنه شرعًا. وأما إذا سكت إنما جعله[٣] قرضًا، وإن احتمل الهبة؛ لأنه كما يحتمل الهبة يحتمل القرض والقرض أقل التبرعين؛ لأنه لتمليك المنفعة دون العين على ما عرف، فالهبة لتمليك العين والمنفعة جميعًا، فكان الأقل متيقنًا، فكان أولى بالإثبات.

ثم إن لم يكن مشروطًا في عقد الإجارة، جازت الإجارة قياسًا واستحسانًا. وإن

---

(١) في ح: الإقراض.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: جعل.

كان مشروطًا، فالمسألة على القياس والاستحسان الذي ذكرنا.

وإن وقع الاختلاف بين رب الثوب وبين الحائك بعد ما فرغ الحائك من العمل، فقال رب الثوب: لم تزد فيه شيئًا، وقال الحائك: لا بل زدت، والثوب مستهلك، بأن باعه صاحبه قبل أن يعلم [وزنه][١]، فالقول قول ربّ الثوب مع يمينه، وعلى الحائك البيّنة، فإن نكل رب الثوب عن اليمين يثبت ما ادعاه الحائك، فيلزم رب الثوب ذلك، فإن حلف برئ عما ادعاه الحائك، وإن كان الثوب قائمًا سيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

الوجه الرابع: أن يقول: زد رطلاً من غزلك على أن أعطيك ثمن الغزل، وأجر عملك كذا كذا درهمًا، فالقياس ألا يجوز.

وفي الاستحسان: يجوز، ويجيء للقياس طرق ثلاثة إن كان شراء الغزل مشروطًا [بها][٢] في الإجارة.

أحدها: أنه باع ما ليس عنده لا على وجه السلم، فيكون فاسدًا.

والثاني[٣]: أنه شرط بيعًا في إجارة، وهذا يوجب فساد الإجارة، كما في إجارة الدار.

والثالث: أنه استصنع في حق الزيادة؛ لأن العمل والعين من الحائك، والاستصناع في الثياب لا يجوز كما لو استصنع في أصل الثوب.

وإن لم يكن مشروطًا، فلا يجوز قياسًا لعلتين:

إحداهما: وهو أنه باع ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلمًا، ولم يوجد؛ ولأنه استصنع في حق الزيادة، والاستصناع في الثياب لا يجوز للعلة الأولى والثانية.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: والباقي.

إلا أنه في الاستحسان يجوز لتعامل الناس، فإن الإنسان قد يدفع غزلًا إلى حائك، ويأمره بنسج ثوب، ويعلم أنه لا يكفي الغزل المدفوع للثوب، المأمور به فيشترط عليه زيادة غزل على سبيل الشراء، أو يدفع غزلًا وعنده أنه يفي هذا الغزل، فينتقص الغزل عن القدر المأمور به ولا يجد رب الثوب غزلًا مثله، فيقول للحائك: زد فيه غزلًا من عندك على أن أعطيك ثمنه، فإذا كان كلا الأمرين متعارفًا فيما بين الناس، ترك القياس فيهما وخص به الأثر وهو النهي الوارد عن بيع ما ليس عنده.

فإذا جاز هذا، فإن اختلفا بعد الفراغ من الثوب، فقال رب الثوب: لم تزد فيه شيئًا. وقال الحائك: زدت فيه ما أمرتني، فهذا على وجهين أيضًا: فإن كان مستهلكًا ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله؛ لأنهما تنازعا في شيء، ولم يمكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما، فتعتبر فيه الدعوى والإنكار، والحائك يدعي على صاحب الغزل زيادة ثمن الغزل، وزيادة الأجر، ورب الثوب ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه على علمه؛ لأنه يحلف على فعل الغير، فيحلف على العلم، فإذا نكل عن اليمين تثبت الزيادة، فكان عليه جميع ما سمى للحائك بعضه بإزاء العمل، وبعضه ثمن الغزل؛ لأن ما ادعاه الحائك ثبت بنكول رب الثوب، فكان كالثابت بإقراره. وإن حلف ولم تثبت الزيادة، ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب: أنه يطرح عنه ثمن الغزل، ويلزمه أجر الثوب؛ لأنه لم يثبت الزيادة من عند الحائك كما لو حلف رب الثوب، فلا يكون له ثمن الغزل، فيطرح عنه ما يخص الغزل.

ومعرفة ذلك وهو: أن يقسم المسمى على أجر مثل عمله، فيما أمر به وذلك عمله في منٍّ ونصف وعليّ قيمة الغزل المشروط على الحائك؛ لأنه قابل المسمّى بالغزل، وبالعمل في منّ، ونصف؛ لأن منًّا من الغزل[1] الذي أعطاه المستأجر،

---

(١) في ح: غزل.

ونصفا اشتراه منه، فيطرح عنه منّه[١] وما أصاب العمل وهو أجر الثوب يلزمه، حتى أنه لو كان المسمى مثلاً ثلاثة دراهم بإزاء الغزل وبإزاء العمل، [وقيمة][٢] الغزل درهم وأجر مثل عمله فيما أمر به درهمان من المسمى، يطرح عنه درهم ثمن الغزل، ويقسم ما بقي من المسمى على أجر مثل عمله، فيما عمل، وفيما لم يعمل؛ لأنه جعل الأجر بإزاء عمله فيما دفع إليه من الغزل، وفيما أمره بالزيادة، ولم يوف العمل فيما أمره بالزيادة، فلا بد أن يطرح عنه حصة ذلك من الأجر.

وكيف [تعرف حصة][٣] ما لم يعمل في الزيادة من الأجر مما عمل؟ اختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: يعرف[٤] باعتبار[٥] الوزن، إن كان مما دفع إليه مَنًّا من غزل، وما شرط عليه نصف من، يقسم الباقي من المسمّى بعد ثمن الغزل وذلك درهمان عليهما أثلاثا[٦] ثلثاه بإزاء ما عمل، وثلثه بإزاء ما لم يعمل فيطرح عنه الثلث، فلا تعتبر السهولة والصعوبة في العمل بسبب صغر الثوب، وكبره وكما في المراحل إذا ماتت الدابة المستأجرة في وسط الطريق، فإنه يطرح بعض الأجر، ويبقى البعض، ثم يتعرف[٧] قدر الساقط من القائم باعتبار السهولة والصّعوبة[٨] في العمل بسبب صغر الثوب وكبره، وهذا؛ لأن العمل قد يسهل على الحائك بطوله، ويصعب بقصره، فإنه متى قصر يحتاج إلى الوصل، وإلى عمل الدقيق مرارًا، ومتى طال يحتاج إلى ذلك مرة واحدة وهذا التفاوت معتبر فيما بين العملة من هذه الصناعة في

---

(١) في ح: ثمنه.
(٢) في ح: فيه.
(٣) في ح: يتعرف حصته.
(٤) في ح: يتعرف.
(٥) في أ: باعتراف.
(٦) في أ: أبدًا.
(٧) في أ: لم يتغير.
(٨) زاد في ح: فكذا.

زيادة الأجر بسبب صغر الثوب، ونقصانه بسبب الكبر، فلا بد من اعتبارهما.

وإذا وجب اعتبارهما يجب أن يقسم الباقي من المسمى، وذلك درهمان على أجر مثل عمله في منّ، [وأجر مثل عمله في منّ][١] ونصف درهمان ونصف، وفي منّ درهمان يكون بازاء الزيادة نصف درهم، فيطرح عنه من درهمين نصف درهم حصة ما لم يعمل، بخلاف المراحل؛ لأن الصعوبة والسهولة في المراحل ساقط الاعتبار، فيما بين أهلها إذا اشتملت السفرة على المراحل السهل والصعب، ولهذا وجب قدر المراحل في قسمة[٢] الأجر بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التفاوت في القصر والطول[٣] معتبرة في التفاوت في الأجرة، فلا بد من اعتبارها اللهم إلا أن يكون التفاوت بين القصير والطويل بذراع أو بذراعين حتى لا يكون لهذا التفاوت عبرة في زيادة الأجر ونقصانه.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - أن صاحب الثوب يخير، وإنما[٤] لم يذكر الخيار، وإن خالفه الحائك في صفة ما أمر به؛ لأنه متى نسج الثوب من منّ ونصف، يكون أطول[٥] مما إذا نسجه من منّ واحد، والطول في الثياب صفة مرغوبة كالصفاقة والرقة؛ لأن الطويل يصلح لنوع لا يصلح له القصير، إلا أن التخيير غير ممكن بعد هلاك الثوب؛ لأنه لا يمكنه ترك الثوب عليه حتى يضمنه غزلًا مثل غزله، فتعين وجوب الأجر، ثم ماذا يجب الأجر، أو المسمى؟

فعلى قول بعضهم: أجر المثل لا يجاوز [به][٦] حصة المسمى.

وعلى قول بعضهم: إن رضي بالعيب، فله المسمى بحساب ذلك، وإن لم يرض

---

(١) سقط في ح.
(٢) في أ: قيمة.
(٣) في ح: والكبر.
(٤) في أ: إن.
(٥) في ح: فيما.
(٦) سقط في ح.

بالعيب فعليه أجر المثل لا يجاوز به حصته من المسمى، كما قلنا فيما تقدم من المسائل.

ومحمد - رحمه الله - ذكر الأجر في هذه المسألة مطلقًا ولم يقل: المسمّى فيجب تخريجها على حسب ما ذكرنا في المسألة الأولى.

وأما إذا كان قائمًا، [إن كان لا يعرف مقدار ما دفع إليه صاحب الثوب، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان هالكا][(١)] من أوله إلى آخره؛ لأنه تعذر معرفة ما وقع[(٢)] التنازع فيه من حيث الوزن، وإن كان الثوب قائمًا فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الثوب مستهلكًا في جميع ما ذكرنا إلا في حكم واحد وهو: أنه متى حلف ولم يثبت الزيادة، له أن يترك الثوب عليه ويضمنه غزلًا مثل غزله، فأما ما عدا ذلك، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الثوب مستهلكًا، فأما إذا كان الثوب قائمًا وقد عرف مقدار ما دفع إليه من الغزل بأن تصادقا على أن ما دفع إليه منًّا، وأما إذا كان الثوب قائمًا، فإنه يوزن الثوب؛ لأن معرفة مقدار ما وقع التنازع فيه ممكن من حيث العيان بالوزن؛ لأن ما دفع إليه إذا كان معروفًا يعرف الزيادة من حيث الوزن، فلا يلتفت إلى قول واحد منهما، بل يوزن الثوب فإن وزن فإذا هو من واحد لم تثبت الزيادة بيقين، فيكون القول قول صاحب الثوب من غير يمين، وإن كان منوين فالقول قول الحائك، إن لم يدع رب الثوب الزيادة من الدقيق؛ لأن الزيادة تثبت بتصديق صاحب الثوب. وإن ادعى الزيادة فإنه يرى أهل البصر من تلك الصناعة، فإن قالوا: قد يزيد الدقيق مثل هذا، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه؛ لأن الظاهر صار شاهدًا لرب الثوب، لما قال أهل تلك الصناعة: إن الدقيق يزيد هذا القدر، إلا أنه يجعل القول قوله مع اليمين؛ لأن الزيادة لم تثبت بيقين أنه من الدقيق. وإنما يثبت بنوع من الظاهر.

---

(١) في ح: هالكا.

(٢) في أ: متوقع.

وإن قالوا: إن الدقيق لا يزيد هذا القدر صار الظاهر شاهدًا للحائك، فيكون القول قوله مع اليمين؛ [لأنه لم يثبت بيقين أن الزيادة بسبب الغزل، وإنما يثبت بنوع من الظاهر، فجعل القول قوله مع اليمين](١).

قال: وإذا دفع الرجل [جلدًا](٢) إلى الإسكاف، واستأجره بأجر مسمى على أن يخرز له خفين وسمى له المقدار، والصفة على أن ينعله الإسكاف ويبطنه من عنده، ووصف له البطانة والنعل، فهو جائز استحسانًا. [والقياس ألا يجوز.

وجه](٣) القياس في ذلك، وهو أن هذه(٤) إجارة شرط فيها شراء، فتفسد، كما لو استأجر دارًا، وشرط فيها شراء، ولأنه صار مشتريًا ما ليس عنده لا على وجه السلم، وشراء ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلمًا، وكان بمنزلة ما لو دفع ثوبًا إلى خياط ليخيط له جبّة على أن يحشوها ويبطنها من عنده بأجر مسمّى، فإنه لا يجوز لما ذكرنا، وكذلك هذا.

ذكر محمد مسألة(٥) الجبة في الأصل على هذا الوجه، إلا أنه ترك هذا القياس في باب الخفّ للتعامل، فإن الناس تعاملوا هذا في الخفاف، ولا تعامل في فصل الخياط، فيرد [في](٦) فصل الخياط إلى ما يقتضيه القياس.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمهما الله -: رجل دفع إلى خياط ظهارة، وقال: بطنها لي [من](٧) عندك، فهو جائز، وقاسه على ما إذا اشترى خفًّا، وقال للبائع: انعله بنعل من عندك، فصار في المسألة روايتان.

ولو دفع إليه بطانة، وقال: ظهرها لي من عندك، فهو فاسد باتفاق الروايات، ثم

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: هذا.
(٥) في ح: مثل.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ح.

إن محمدًا - رحمه الله - جوز هذا التصّرف، وإن لم [ير][(١)] صاحب الجلد النعل والبطانة وصرفه إلى نعل وبطانة يليق بتلك الخف، فكذا إذا أمر الرجل إسكافًا أن يخرز على خفيه ومكعبيه أربع قطع من صرم بكذا، ولم ير الرجل القطع، فهو جائز استحسانًا، وكذا ترقيع الخرق في الخفاف، يجوز من غير أن يرى الإسكاف الرقاع.

وفي نوادر ابن سماعة: شرط الإراءة في النعل، وهكذا ذكر في القطع الأربع، وكذا في ترقيع الخرق، فإذن في الخف[(٢)] ينعل وفي النعل يخصف روايتان، وإذا جازت هذه الإجارة استحسانًا، فإذا عمل الإسكاف وأتى به إن كان عمله مقاربا صالحًا لا فساد فيه أجبر صاحب الجلد على القبول، ولم يكن له خيار، فقد اعتبر المقاربة للزوم، لا حقيقة الموافقة من كل وجه؛ لأن اشتراط الموافقة من كل وجه، بين المسمّى في الذمة، وبين ما عين الأجير غير ممكن؛ لأنه لا بد من أدنى تفاوت يقع بين الموصوف في الذمة وبين العين، فيسقط اعتبار الموافقة من كل وجه للزوم، وقامت المقاربة مقام الموافقة من كل وجه، وكذا في السلم، لا يشترط الموافقة بين المسمّى في الذمة وبين العين للزوم، وإنما يشترط المقاربة؛ لأن الموافقة من كل وجه غير ممكن، فكذلك هذا فليس لصاحب الجلد خيار الرؤية لا في حق العمل، ولا في حق النعل؛ أما في حق العمل لا إشكال؛ لأن العمل كان واجبًا في ذمة الأجير، وما يثبت في الذمة لا يثبت فيه خيار الرؤية، كما في السلم، ولا يثبت في حق النعل، وإن صار مشتريًا النعل لا على وجه السلم لوجهين:

أحدهما: أن شراء النعل إنما جاز تبعًا للإجارة، فإنه مشروط في الإجارة، فيكون تبعًا له، وحكم التبع لا يغاير حكم المتبوع، فإذا لم يثبت في الإجارة خيار الرؤية لما ذكرنا، لم يثبت فيما صار تبعًا للإجارة.

والثاني: أن العمل بخيار الرؤية غير ممكن؛ لأن العمل بخيار الرؤية إنما يرد ما

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: الخفاف.

اشترى من غير زيادة ضرر يلحق أحدهما، وههنا لا يمكن رد ما اشترى إلا بزيادة ضرر يلحق أحدهما فإنه متى رد النعل وحده يحتاج فيه إلى نقص الصفة، فإذا رد مع الخف يضمن الإسكاف قيمة الخف، وكل ذلك ضرر بالإسكاف هذا إذا عمل عملاً مقاربًا صالحًا، فأمّا إذا فسد بأن خالف في صفة ما أمر به ذكر أن صاحب الجلد بالخيار إن شاء ترك الخف عليه، وضمنه قيمة جلده، وإن شاء أخذ الخف وأعطاه الأجر، وإنما يجبر لما ذكرنا أن العامل موافق من وجه مخالف من وجه، فإن شاء مال إلى الخلاف وضمنه، وإن شاء مال إلى الوفاق، وأخذ الخف، فإن ترك الخف عليه وضمنه، فلا أجر عليه؛ لأن العمل حصل للعامل متى ترك الخف عليه، فلا يكون عليه أجر، وإن مال إلى الوفاق وأخذ الخف، فإنه يعطيه أجر مثل عمله في خرز الخف غير منعل، ثم بعد ذلك يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، فقد اعتبر في خرز الخف أجر مثل عمله؛ لأن الثابت في خرز الخف إجارة محضة، وفي الإجارة المحضة متى تعذر إيجاب المسمّى يجب أجر المثل، ولا يجب ما زاد العمل فيه، وفي النعل عمل وعين مال اتصل بملك صاحب الخف، وفي مثل هذا يجب قيمة ما زاد كما في الصبغ، إذا حصل بحكم الغصب، واختار المالك أخذ الثوب، فإن صاحب الثوب يضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، فلهذا اعتبر أجر مثل عمله في خرز الخف، وفي حق النعل اعتبر قيمة ما زاد، ومعرفة قيمة ما زاد النعل فيه أن ينظر إلى قيمة الخف مخرزًا غير منعل، ومبطنًا وإلى قيمته منعلاً مبطنًا، فإن كان قيمته غير منعل ولا مبطن عشرة، وقيمته منعلاً مبطنًا اثنا عشر، علم أن قيمة ما زاد فيه درهمان، فيكون درهمان قدر ما زاد النعل فيه، ثم ينظر إلى أجر مثله في خرز الخف غير منعل ومبطن، فإن كان ثلاثة مثلاً يضم إلى قيمة الخف ما زاد، فيصير خمسة، ثم يقابل بالمسمى فإن كان خمسة مثل المسمى أو أقل من المسمّى، فللإسكاف[1] ذلك. وإن كان المسمى أقل من خمسة بأن كان المسمى أربعة، فإنه يعطى له أربعة؛

(١) في أ: فالإشكال في.

لأنه أبرأه عن الزيادة على الأربعة[١] لما رضي بأربعة.

وإذا اعتبر قيمة ما زاد النعل أو البطانة فيه لا يعتبر أجر مثل عمله في خرز النعل؛ لأن أجر مثل عمله في خرز النعل قد اعتبر لما اعتبرنا قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن قيمة ما زاد النعل أن يعتبر الخف منعلاً مبطنًا وغير منعل وإنما صار منعلاً بالعمل والنعل، فيكون قدر ما زاد النعل قيمة العمل والنعل، فمتى أوجبنا أجر مثل عمله في خرز النعل لا يستحق أجر مثل عمله مرتين.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا دفع خفًا مخرزًا إلى إسكاف لينعله بنعل من عنده بأجر معلوم، حتى جازت الإجارة استحسانًا؛ للتعامل فنعله بنعل لا ينعل به الخفاف، حتى أفسد الخف بذلك وثبت لصاحب الخف الخيار، كما في هذه المسألة. واختار الأخذ فإنه يعطيه أجر مثل عمله وقيمة ما اتصل به من النعل مزايلا غير مخرز لا يجاوز به ما سمي، وههنا أوجب مع أجر المثل قيمة ما زاد العمل فيه، ولم يوجب عليه قيمة النعل.

والبطانة مزايلا غير مخرز، والمتصل بخفه للإسكاف في الموضعين عين مال وعمل، ثم في أحد الموضعين أوجب قيمة ما زاد النعل فيه، ثم ينظر إلى أجر مثله في خرز الخف غير منعل ومبطن بأن كان.

وفي الموضع الآخر أوجب قيمة النعل مزايلا غير مخرز.

ومن مشايخنا من قال: لا فرق بين المسألتين ما ذكر في تلك المسألة يكون ذكرًا[٢] في هذه المسألة.

صاحب الخف إذا أراد أن يعطيه أجر مثل عمله في خرز الخف والنعل والبطانة، ثم قيمة النعل والبطانة مزايلا فله ذلك كما في تلك المسألة؛ وذلك؛ لأن الحاصل في المسألتين شيئان، عين مال وعمل، فإن شاء صاحب الخف أعطاه أجر مثل عمله

---

(١) في ح: أربعة.
(٢) في ح: ذلك.

في الخف، وقيمة العين مزايلا غير مخرز(١). وإن شاء أعطاه مع أجر مثل عمله في الخف ما زاد العمل فيه في الموضعين جميعًا.

ومنهم من فرق، وقال في مسألتنا: أمكن إيجاب قيمة ما زاد النعل والبطانة فيه؛ لأن النعل والبطانة أوجب زيادة في الخف، وفي تلك المسألة لم يمكن إيجاب قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن نعل الخف بما لا ينعل به الخفاف مما يوجب فسادًا في الخف(٢)، فلا يوجب زيادة في الخف، وإذا تعذر إيجاب ما زاد العمل فيه، أوجب قيمة النعل مزايلا غير مخرز.

قياس هذه المسألة من تلك المسألة: أن لو شرط عليه نعلاً جيدًا، فخرز عليه نعلا غير جيد، ولكن ينعل به الخفاف، وهناك صاحب الخف إذا اختار الأخذ يعطيه أجر مثل عمله، وقيمة ما زاد فيه لا يجاوز [به ما سمى](٣)، كما في هذه المسألة؛ [لأن ما فعله الإسكاف أوجب زيادة في الخف فأمكن إيجاب قيمة ما زاد العمل فيه كما في هذه المسألة](٤).

ثم قال محمد - رحمه الله - في المسألتين جميعًا لا يجاوز به ما سمى. فمن مشايخنا من قال: أراد بقوله: (لا يجاوز به ما سمى) فيما يخص العمل، فأما ما يخص النعل فإنه يجب بالغًا ما بلغ وذلّك؛ لأن ما يخص العمل إجارة، وفي الإجارة متى وجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى، وما يخص النعل بدل عين ومتى وجب قيمة العين، فإنه يجب بالغًا ما بلغ. كما في الشراء الفاسد.

ومنهم من قال: بأنه لا يجاوز [به](٥) ما سمى في حق النعل والعمل جميعًا وإنما كان كذلك؛ وذلك؛ لأن ما يخص النعل إن كان بدل عين من حيث الصورة

---

(١) في ح: مخروز.
(٢) في ح: الخفاف.
(٣) في ح: قيمة ما زاد العلم فيه.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.

والحقيقة، فهو بدل منفعة، حكمًا؛ لأن العين إنما تملك تبعًا للإجارة، والمملوك بالإجارة منفعة فكذا ما ملك تبعًا للإجارة، ولهذا لم يثبت فيه خيار الرؤية، وجاز وإن لم يكن عنده تبعًا للإجارة.

وفرق محمد بين هذه المسألة وبين مسألة الصبغ، فإنه قال: إذا دفع ثوبًا إلى صباغ ليصبغه بعصفر من عنده، فصبغه بما سمى إلا أنه خالف في صفة ما أمر به بأن أسبغ، أو قصر في الإصباغ حتى تعيب الثوب، قال: صاحب الثوب بالخيار إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة ثوبه أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثل عمله، لا يجاوز به ما سمى، ولم يقل: يعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، كما قال في مسألة الخف يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، والعمل في الموضعين حصل بحكم العقد، والصانع في الموضعين جميعًا موافق من وجه مخالف من وجه، في أصل العمل موافق، وفي الصفة مخالف.

ثم قال: في الصبغ يعطيه أجر مثل عمله، ولم يوجب قيمة ما زاد الصبغ [فيه][(١)]، وفي النعل أوجب قيمة ما زاد النعل فيه مع أجر مثل عمله.

ووجه الفرق بينهما[(٢)]: أنا متى أوجبنا في مسألة الصبغ قيمة ما زاد الصبغ فيه لسوينا، بين حالة الغصب وبين حالة العقد؛ لأن الواجب بحكم الغصب وهو مخالف من كل وجه في الصبغ قيمة ما زاد الصبغ فيه، فلو أوجبنا ههنا قيمة ما زاد الصبغ فيه أيضًا، والصبغ في مسألتنا قد حصل بحكم العقد لسوينا بين حالة الغصب، وبين حالة العقد، وألغينا اعتبار العقد وعمل الصانع أسند[(٣)] إلى عقد عمل قائم بينهما؛ لأن الصباغ لم يخالف من كل وجه، وإنما خالف من وجه في اللون، فأما في أصل الصبغ موافق، فيكون مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، فيجب ألا

(١) سقط في ح.
(٢) زاد في ح: وهو.
(٣) في ح: استند.

يحكم عليه بالخلاف التام، ولا يجعل كأنه صبغ بغير عقد، فأوجب أجر المثل في مسألة الصبغ حتى لا يلغو اعتبار العقد والتسمية، ويكون في إيجاب أجر مثل عمله قيمة العمل، وقيمة الصبغ؛ لأن أجر مثل عمله أن ينظر أنه[(١)] بكم يستأجر لهذا والصبغ من عنده بخلاف مسألة النعل؛ لأنا وإن أوجبنا قيمة ما زاد النعل فيه، ولم نوجب أجر مثل عمله في خرز النعل لا يقع التسوية بين حالة الغصب وحالة العقد حتى لا يلغو اعتبار العقد؛ لأن الواجب حالة الغصب في مسألة النعل قيمة النعل مزايلاً لا قيمة ما زاد النعل فيه كمن غصب ساجة وأدخلها في بنائة، يضمن قيمة ساجة مزايلاً لا قيمة ما زاد الساجة في بنائة، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: إن كان إيجاب أجر المثل في مسألة الصبغ ليقع الفرق بين حالة العقد، وحالة الغصب حتى لا يلغو اعتبار العقد، ولا يصير الصباغ كالعامل بغير عقد وأجر أصلاً، كان يجب أن يوجب أجر عمله في الصبغ من غير أن يكون الصبغ من عنده، وقيمة الصبغ مزايلاً كما اعتبره في مسألة النعل إذا أنعله بما لا ينعل به الخفاف، فالمخالفة تقع بهذا الطريق بين حالة الغصب، وحالة العقد.

والجواب عنه: أن المغايرة بين الغصب والعقد تقع بهذا الطريق، إلا أنه غير ممكن اعتبار هذا الوجه في مسألة الصبغ؛ لأنا لو أوجبنا قيمة العمل على حدة، وقيمة الصبغ مزايلاً، احتجنا إلى تقويم الصبغ مزايلاً حال ما يتصل بالثوب، ولا يمكن تقويمه [في ذلك الوقت؛ لأنه مخلوط بالماء حال ما يتصل بالثوب، فلا يمكن تقويمه][(٢)]؛ لأن قيمة الصبغ تتفاوت بتفاوت الماء، ولا يعرف قدر الماء، فتعذر بهذا الوجه التفرقة[(٣)] بين حالة العقد، وبين حالة الغصب، فلم يبق للتفرقة وجه إلا إيجاب أجر المثل في مسألة الصبغ، بخلاف مسألة النعل؛ لأن تقويمه مزايلاً ممكن حالة ما يتصل بالخف، فمتى أوجبنا أجر عمله على حدة أمكننا إيجاب قيمة النعل

(١) في ح: بأنه.
(٢) سقط في ح.
(٣) في أ: للمعرفة.

مزايلاً فبالوجهين جميعًا تقع التفرقة بين حالة الغصب والعقد في مسألة النعل، فذكر الوجهين جميعا ثمة، ولم يذكر في الصبغ إلا وجهًا واحدًا، وهو إيجاب أجر المثل؛ لأن التفرقة بين حالة الغصب وحالة العقد لا تقع إلا [به.

ثم][(١)] أوجب محمد - رحمه الله - أجر مثل عمله متى اختار أخذ الخف، ولم يوجب المسمى، وهذا على قول من يقول بإيجاب المسمى في مثل هذه المسائل متى رضي بالعيب واختار أخذ الخف محمول على ما [إذا][(٢)] اختار أخذ الخف ولم يرض بالعيب، وفي مثل هذه الحالة يجب أجر المثل على قول هذا القائل، وعلى قول من قال: يجب أجر المثل على كل حال متى خالف لا يحتاج إلى هذا التأويل.

ولو أن رجلاً دفع خفه إلى رجل لينعله من عنده بأجر مسمى فأنعله بنعل تنعل بمثله الخفاف، فهو جائز عليه، وإن لم يكن جيدًا فلا خيار له؛ لأنه وافق شرطه من حيث العرف، ولو وافق شرطه من حيث الشرط، بأن سماه نعلاً موصوفًا، فأتى بذلك لم يكن له خيار، فكذا إذا وافق شرطه من حيث العرف فقد وافق شرطه عرفًا لما أنعله بنعل تنعل به الخفاف في العرف والعادة، وإن شرط الجودة وأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد، أجبر على قبوله، ولا خيار له؛ لأن مطلق اسم الجيد ينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه اسم الجيد، لا إلى المتناهي في الجودة في العرف والعادة، كما في السلم.

وإن لم يكن جيدًا يجبر؛ لأنه خالف مشروطه من حيث الشرط، ولو خالف مشروطه من حيث العرف يجبر على ما بينا، فإذا خالف مشروطه من حيث الشرط أولى أن يجبر.

قال: ولو اختلفا في قدر الأجر، بأن قال الإسكاف: شرطت لي درهمًا، وقال رب الخفّ: شرطت لك دانقين، وقد خرزه على وصفه[(٣)] له، ولم يختلفا في

---

(١) في ح: أنه ثمة.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: ما وصف.

ذلك، وأقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة العامل؛ لأنه تثبت بينة العامل زيادة أجر، وكان الجواب أولى بالقبول، كما في البائع والمشتري إذا أقاما جميعًا البينة، ولم يذكر الجواب فيما إذا لم تقم لهما بينة. ويجب أن يحكم في ذلك قيمة النعل بخفه موجب معلوم مزايلاً، ويجعل القول قول من يشهد له قيمة النعل كما في الصبغ؛ لأن لاتصال النعل بخفه [موجب معلوم](١)، لو حصل بغير عقد وهو قيمته مزايلاً لا يقع البراءة عنه إلا بالتسمية، فيجعل ذلك موجب العقد حالة الاختلاف في التسمية، كما في مسألة الصبغ. وكما في النكاح على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - إذا اختلفا في مقدار المسمى، فإن كان قيمة النعل درهمًا كما يدعيه الإسكاف، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا على أن العقد عقد به إلا أن ربّ الخف ادعى(٢) أنه حط عنه أربعة دوانق، وأنكر الإسكاف، فيكون القول قول الإسكاف مع يمينه.

وإن كانت قيمة النعل تشهد لصاحب الخف بأن كان دانقين، كما يدعيه صاحب الخف، جعل القول قوله مع يمينه؛ لأن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال(٣) اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا على أن العقد [عقد](٤) به، إلا أن الإسكاف ادعى(٥) أنه زاده أربعة دوانق، ولما حلف صاحب الخف لم تثبت الزيادة، فيقضى له بدانقين ولا يتحالفان، وإن كان المبيع قائمًا عندهم جميعًا لأنهما لم يختلفا في موجب [العقد، إنما اختلفا فيما يغير موجب العقد، إما إلى زيادة أو إلى نقصان، والاختلاف متى وقع فيما يغير موجب](٦) العقد بعدما ثبت الموجب، فإنه لا يجب

---

(١) هكذا والصواب موجبًا معلومًا.
(٢) زاد في ح: له.
(٣) في ح: حالة.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: يدعي.
(٦) المثبت من المحيط البرهاني.

التحالف إذا لم توجد الدعوى، والإنكار من الجانبين. كما في بيع العين إذا تصادقا أن الثمن كان ألفًا، إلا أن البائع ادعى زيادة خمسمائة على الألف، وأنكر المشتري، وادعى المشتري براءة خمسمائة، وأنكر البائع لا يجب التحالف عندهم جميعًا، فكذلك هذا.

وإن كانت قيمة النعل لا تشهد لأحدهما بأن كان نصف درهم، فإنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، كما ذكر في فصل الصبغ في بعض روايات هذا الكتاب. وذلك لما ذكرنا أن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا أن العقد عقد به إلا أنهما اختلفا فيما يغير موجب العقد.

ادعى الإسكاف أن رب الخف زاده على هذا الموجب نصف درهم، وأنكر رب الخف وادعى صاحب الخف براءة دانق، وأنكر الإسكاف ذلك، فحصل كل واحد مدعيًا ومدعى عليه، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، بخلاف ما إذا كانت قيمة النعل تشهد لأحدهما؛ لأن [من][1] يشهد له قيمة النعل لا يدعي تغيرًا إنما يدعي الذي لا يشّهد له موجب العقد، إما إبراء أو زيادة، وإذا لم تتحقق الدعوى والإنكار من الجانبين لم يجب التحالف، هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر، فأما إذا اختلفا في أصل الأجر، قال صاحب الخف: عملته لي بغير أجر. وقال الإسكاف: لا بل عملت لك بأجر، ذكر أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، أما صاحب الخف؛ فلأنه يدعي على الإسكاف هبة العمل والنعل، والإسكاف ينكر ذلك. والإسكاف يدعي بيع[2] العمل والنعل، وصاحب الخف أنكر ذلك، فكل واحد منهما ادعى عقدًا أنكره صاحبه، فيجب التحالف. فإن كان الفسخ متعذرًا كما في بيع العين إذا اختلفا في نوع العقد لا في مقداره، وادعى أحدهما الهبة والآخر البيع والمال هالك، يجب التحالف؛ لأن

(١) سقط في ح.
(٢) في أ: فكل واحد منهما ادعى بين.

كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فكذلك هذا وإن حلفا ولم يثبت واحد من الأمرين، ذكر أن صاحب الخف يغرم قيمة ما زاد النعل فيه، وكان يجب أن يضمن قيمة نعله مزايلاً؛ لأنهما لو تحالفا لم يثبت واحد من الأمرين، فيبقى عاملاً بغير عقد، ولا يقال: متى حصل بغير عقد فاختار المالك أخذ الخف، فإنه يضمن قيمة النعل مزايلاً إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت لم يثبت واحد من الأمرين إلا أن الإذن لم ينتف؛ لأنهما مع اختلافهما في كيفية العقد أنه كان هبة أو بيعًا اتفقا على الإذن. وإذا[1] كان الإنعال حاصلاً بإذن، تعذر القول بأنه يعطيه قيمة النعل مزايلاً؛ لأن هذا حكم الغاصب، وهذا كان مأذونًا في العمل، ولم يكن غاصبًا، فأوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وهو من حيث الحكم قيمة النعل مزايلاً، ولا يكون شيء منه بدل العمل.

ألا ترى أن في مسألة الصبغ أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه إذا كان غاصبًا، وإنه قيمة الصبغ لا غير؛ لأنه لا قيمة للعمل بغير عقد، ولكن لما تعذر إيجاب قيمة الصبغ مزايلاً حال ما يتصل بالثوب، أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه، وجعله قيمة الصبغ لا قيمة العمل، فكذلك ههنا أوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وهو قيمة النعل لا قيمة العمل ضرورة ألا يصير المأذون في العمل غاصبًا، ولم يخير صاحب الخف هاهنا مثل ما كان يخير فيما مضى؛ لأن فيما مضى كان العامل مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، فكان له أن يميل إلى الخلاف وإلى الوفاق، وههنا موافق من كل وجه، إلا أن الخلاف وقع أنه بأجر أو بغير أجر، وإذا لم يكن مخالفًا لم يخير، ولكن قال: يأخذ الخف، ويعطيه قيمة النعل، وكان الجواب فيه [كالجواب][2] في الثوب، إذا هبت به الريح وألقته في صبغ إنسان، لا يكون لصاحب الثوب تضمين الثوب، بل يأخذ الثوب ويعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، كذلك[3] هذا.

---

(١) في ح: فإذا.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: فكذلك.

قال: ولو عمل الخف كله من عنده حتى كان استصناعًا، ثم اختلفا قبل القبض في مقدار الأجر، كان القول قول الإسكاف، وكان يجب أن يتحالفا؛ لأن الاستصناع يصير بيعًا في الانتهاء، وفي بيع العين إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل القبض يتحالفان قياسًا، إلا أنه قال: لا يتحالفان، ويكون القول قول الإسكاف مع يمينه؛ لأن يمينه[1] يفيد؛ لأن المستصنع يدعي على الإسكاف ما لو أقر الإسكاف به لزمه، فإذا[2] أنكر استحلف فأما[3] يمين المستصنع لا يفيد؛ لأنه لو نكل لا يلزمه شيء، كما لو أقر به.

قال: وإذا اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بعصفر، وقال الصّباغ: أمرتني أن أصبغه بزعفران. قال: القول قول رب الثوب مع يمينه. وهذا قول علمائنا رحمهم الله.

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الصباغ مع يمينه.

والخلاف في هذه المسألة نظير الخلاف فيما إذا قال: أكلت مالك بإذنك، أو هدمت دارك بإذنك، وأنكر صاحب المال الإذن، فعلى قول علمائنا رحمهم الله: القول قول صاحب المال مع يمينه، ويضمن المقر.

وعلى قول ابن أبي ليلى: القول قول المقر مع اليمين، ولا ضمان عليه. وذهب في ذلك إلى أن المقر ينكر سبب الضمان، وصاحب المال يدعي عليه، فيكون القول قول المنكر مع يمينه. كما لو أنكر الأكل أصلاً.

وإنما قلنا: إنه ينكر سبب الضمان؛ لأنه أقر بأكل موصوف بالإذن، وصبغ وخياطة موصوفة بالإذن، وهو غير موجب للضمان، فكان منكرًا للضمان من الأصل، كما لو قال: أقررت لك بألف، وأنا صبي أو مجنون، وقال المقر له: لا بل

---

(١) زاد في ح: لا.
(٢) في ح: وإن.
(٣) في ح: وأما.

أقررت، وأنت بالغ أو مفيق. وعلماؤنا ذهبوا إلى أنه [أقر بالسبب الموجب][١] للضمان، وادعى ما يبرئه وأنكر صاحب المال البراءة، فيكون القول قوله كما لو أقر بالدين وادعى القضاء أو الإبراء وأنكر صاحب الدين ذلك.

وإنما قلنا: أقر [بالسبب الموجب][٢] للضمان، وذلك؛ لأنه أقر بالأكل وبالصبغ في ثوب الغير، وهذا سبب الضمان في الصبغ متى اختار المالك ترك الثوب على الصباغ، وادعى الإذن إلا أن الإذن لم يثبت بمجرد دعواه، لما أنكر صاحب المال؛ لأنه[٣] دعوى عليه، وإذا لم يثبت الإذن بقي مقرًّا بأكل مطلق بغير إذن، وإنه سبب الضمان.

بخلاف ما إذا أضاف الإقرار إلى حال[٤] الصبى؛ لأن الخلاف ثمة[٥] وقع أن السّبب قد وجد، أو[٦] لم يوجد، فالمقر يقول: لم يوجد؛ لأن إقرار الصبي والمجنون لا يكون إقرارًا، فكان المقر ينكر[٧] الإقرار من حيث المعنى، والمقر له مدعيًا، فكان بمنزلة ما لو ادعى أنه أقرّ له، والمدعى عليه قال: لم أقرّ لك، وكان كما لو قالت المرأة: تزوجتني وأنا صبية، وقال: لا بل تزوجتك وأنت بالغة، فالقول قول المرأة؛ لأنها أنكرت النكاح معنى، وأما هاهنا سبب الضمان قد تحقق، وهو الأكل والصبغ والقطع والخياطة، وإنه سبب ضمان إلا أنه ادعى البراءة بدعوى الإذن وأنكره صاحبه، فيكون القول قول صاحب المال.

ووجه الفرق: وهو أن إضافة الإقرار إلى حالة الصبى ليس بدعوى على المقر له،

---

(١) في ح: أجر بسبب موجب.
(٢) في ح: بسبب موجب.
(٣) في ح: أنه.
(٤) في ح: حالة.
(٥) في ح: به.
(٦) في أ: و.
(٧) في ح: منكرا.

ولكن حكاية عن فعله فيثبت فعله بقوله، أما[١] هاهنا يدعي إذن صاحب المال، وإنه فعل يوجد من صاحب المال، فيكون دعوى عليه، فلا[٢] يثبت إذا أنكر.

قال: وإذا[٣] استصنع الرجل خفين عند إسكاف، فعمله ثم فرغ منه، قال المستصنع: ليس هذا على المقدار والخرز والتقطيع الذي أمرتك، وقال الإسكاف: بل بهذا أمرتني، وأراد الإسكاف أن يحلف صاحب المال ليس له ذلك، بخلاف الصباغ إذا ادعى أن ما صبغ كان بأمره، وأراد استحلاف صاحب الثوب كان له ذلك؛ لأن الصباغ يدعي على صاحب الثوب، معنى لو أقر به لزمه، ولم يكن له خيار، فإذا أنكر يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف يفيد، فأما هاهنا الصانع يدعي على المستصنع معنى لو أقر به لا يلزمه، فإن المستصنع لو أقر بالموافقة، أو ثبت ما ادعى بالبينة كان لا يلزمه، و[كان له خيار، ومن ادعى على آخر معنى لو أقر به لا يلزمه][٤]، فإذا أنكر لا يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف لا يفيد وستأتي بعض مسائل الاستصناع في المتفرقات إن شاء الله تعالى.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الشروط: في الرجلين أجرا من رجل دارًا [عشر سنين][٥]، فخاف المستأجر أن يخرجاه منها، فأراد أن يستوثق من ذلك.

فالحيلة: أن يستأجر كل شهر من الشهور الأول بدرهم، و[الشهر][٦] الآخر ببقية الأجر، فإن معظم الأجر إذا كان للشهر الآخر، فهما لا يخرجانه من الدار.

وعن هذه المسألة استخرجوا الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى، أو جعلوا أجر السنين المتقدمة شيئا قليلا، وجعلوا معظم الأجر للسنة الأخيرة.

---

(١) في ح: وأما.
(٢) في ح: ولا.
(٣) في ح: وإن.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: عشرين سنة.
(٦) سقط في ح.

وحكي أن في الابتداء كانوا يكتبون بيع المعاملة فلما كان في زمن الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني - رحمه الله - كره ذلك لمكان شبهة الربا، وحدث هذا النوع من الإجارة ليصل الناس إلى الاسترباح بأموالهم، فيحصل لهم منفعة الدار والأرض [من غير][١] ذهاب شيء من مقصود المال فجعل بمقابلة السنين المتقدمة شيئا قليلا من الأجر، وجعل بقية المال بمقابلة السنة الأخيرة واستثنى ثلاثة أيام من آخر كل سنة وشرط الخيار لكل واحد منهما في هذه الأيام الثلاثة، وإنما أثبت الخيار [لكل واحد منهما حتى يمكنه الفسخ ويصل إلى ماله متى احتاج إليه، وإنما أثبت الخيار][٢] في الأيام المستثناة عن العقد؛ لأنه لو شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد لزاد الخيار على ثلاثة أيام في عقد واحد، وإنه يوجب فساد العقد عند[٣] أبي حنيفة - رحمه الله - ولأنه لو شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد، لا يصح فسخ المشروط له الخيار بغير محضر من صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله، فأما إذا شرط في الأيام [الخارجة][٤] عن العقد لا يشترط حضرة صاحبه؛ لأن الفسخ حينئذ لا يكون امتناعا عن لزوم العقد بعد هذه الأيام؛ ولأنه لو شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد لامتنع ثبوت حكم الإجارة إلى هذا الوقت، فإن من باع عينا على أنه بالخيار بعد شهر لا يزول المبيع عن ملكه في الحال.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل [البخاري][٥] -رحمه الله -: يفتي بجواز هذه الإجارة. وكذا من بعده من الأئمة ببخارى في فتوى الجواز لهذه الإجارة.

وكان الزهاد من مشايخنا - رحمهم الله - كالشيخ الإمام أبي بكر بن حامد،

---

(١) في ح: مع الأمن عن.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: عن.
(٤) في ح: الداخلة في العقد لا يصح فسخ المشروط له الخيار الخارجة.
(٥) سقط في ح.

والشيخ الإمام أبي حفص السفكردري رحمهما الله وأمثالهما، لا يفتون بجواز هذه الإجارة وكانوا يقولون: فيها[(١)] شبهة الربا.

وليس الأمر كما قالوا، والمعنى المجوز[(٢)] دفع حاجة الناس بأموال الغير[(٣)]؛ لأن الإنسان لا يقرض غيره شيئًا من ماله من غير أن يطمع فيه بمال إلا نادرًا، وبذلك النادر لا تندفع الحوائج، لو لم يجز هذا لضاق الأمر على الناس.

ثم الذين جوزوا هذه الإجارة اختلفوا فيما بينهم في فصلين:

أحدهما: أنهم إذا كان من [أحد العاقدين][(٤)] بحيث لا يعيش إلى مدة الإجارة غالبًا هل تصح هذه الإجارة؟

بعضهم قالوا: لا تصح وبه كان يفتي الصدر الإمام أبو عاصم العامري رحمه الله.

ووجه ذلك: أن الغالب يلحق بالمتيقن في حق الأحكام حتى يحكم بموت المفقود بموت أقرانه، فإذا كان الظاهر والغالب أنه لا يعيش إلى تلك المدة صارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأبيد في الإجارة يبطلها؛ ولأن بعض المدة المذكورة تيقنًا بفساد العقد؛ لأن تلك المدة خرجت من الإجارة وتلك المدة مجهولة؛ فيتمكن الجهالة في باقي المدة، وجهالة المدة مانعة صحة الإجارة فلا يجوز.

وبعضهم جوزوا[(٥)]، وممن جوز ذلك الخصاف - رحمه الله -؛ لأن العبرة في هذا الباب بصيغة[(٦)] كلام العاقدين[(٧)]، وإنه يقتضي التوقيت، فصح ذلك ولا عبرة

(١) في ح: فيه.
(٢) في ح: المحمود.
(٣) في ح: المعير.
(٤) في ح: المتعاقدين.
(٥) في ح: جوزوها.
(٦) في ح: لصيغة.
(٧) في ح: العاقد.

لموت[١] أحد العاقدين[٢] قبل استيفاء المدة؛ لأن ذلك عسى يوجد فيما إذا كانت المدة مقدار ما يعيش الإنسان إليه غالبًا[٣]، ولا عبرة له[٤].

ونظير هذا: إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة، فإنه يكون متعة، ولا يكون نكاحًا صحيحًا في الروايات الصحيحة الظاهرة عن أصحابنا - رحمهم الله - وإن كان لا يعيش إلى هذه المدّة غالبًا، وجعل ذلك بمنزلة الوقت اليسير كذا في مسألتنا، وإنما فعلنا كذلك[٥] لما ذكرنا أن العبرة لظاهر اللفظ، وإنه يقتضي التأقيت، فصار النكاح مؤقتًا، والنكاح المؤقت باطل.

وكان القاضي أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: إن مشايخنا يترددون في فصل النكاح في مثل هذه [الصورة.

بعضهم قالوا: لا يجوز النكاح في مثل هذه الصورة.

وبعضهم قالوا: يجوز النكاح في مثل هذه][٦] الصورة، ويجعل ذلك التأقيت بمنزلة التأبيد.

وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - فكأنهم قاسوا هذا على ما ذكر في كتاب الطلاق في باب الإيلاء، إذا قال: والله لا أقربك إلى خروج الدجال أو إلى طلوع الشمس من مغربها، فإن هناك لا يصير [في القياس موليا ويصير][٧] موليًا استحسانًا، ويجعل[٨] ذلك بمنزلة التأبيد كذا ههنا.

---

(١) في ح: لموجب.
(٢) في ح: المتعاقدين.
(٣) زاد في ح: وظاهرا.
(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٦٢١).
(٥) في ح: هكذا.
(٦) سقط في ح.
(٧) سقط في أ.
(٨) زاد في ح: في الاستحسان.

الفصل الثاني: أن هذا العقد يعتبر عقدًا واحدًا أو عقودًا متفرقة:

قال بعضهم: يعتبر عقودًا متفرقة حتى لا يزيد مدة الخيار على مدة ثلاثة أيام في عقد واحد، فإن ذلك يوجب فساد العقد على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ولأن [بعض][١] المدة مستثنى عن العقد، فكيف يكون عقدًا واحدًا.

وقال بعضهم: يعتبر عقدًا واحدًا؛ لأنا لو اعتبرناها عقودًا فيما سوى العقد الأول من العقود يكون مضافًا، وفي الإجارة المضافة لا تملك الأجرة بالتعجيل، ولا باشتراط [التعجيل][٢]، والغرض من هذه الإجارة ملك الأجرة، ويبنى على هذا الاختلاف إجارة دار اليتيم إجارة طويلة واستئجار الدار لليتيم إجارة طويلة.

ووجه [البناء: أن][٣] هذا العقد لا شك أنه يصح في المدة التي يصيبها قليل الأجر في الإجارة؛ لأنه [لا][٤] يكون ضررًا في حق الصغير، وهل يتعدى الفساد إلى الباقي؟

فمن جعله عقودًا قال: لا يتعدى الفساد إلى الباقي.

ومن جعله عقدًا واحدًا قال يتعدى الفساد إلى الباقي.

والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله كان يفتي بتعدي الفساد إلى باقي المدة، وكان يقول: هذا عقد واحد لفظًا ومعنى، أما لفظًا فظاهر، فإن الآجر يقول: أجرتك هذه الدار بكذا هذه المدة بهذه الشرائط، والمستأجر يقول: استأجرت. وأما معنى؛ فلأن مقصودهما مباشرة عقد [واحد][٥] واستثناء بعض هذه المدة من المعقود لإتمام ما هو مقصودهما من هذا العقد، وهو التوثق بالمال مع حصول النفع للمستأجر، ويمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل تمام المدة لا لتفريق العقود.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: البيان.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.

وكان الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - يقول: الأصح عندي أنها تعتبر عقودًا في حق سائر الأحكام، عقدًا واحدًا في حق ملك الأجرة بالتعجيل أو باشتراط التعجيل.

ومن اعتبرها عقدًا واحدًا فعذره عن قول مخالفه أنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام، نعم يزيد الخيار على ثلاثة أيام، ولكن[١] في العقد، فإن من جوز هذه الإجارة شرط أن يشترط[٢] الخيار في هذه الأيام المستثناة التي هي داخلة تحت العقد، فكان اشتراط الخيار في غير العقد، وإنه لا يفسد العقد، وإن كان زائدًا على ثلاثة أيام بالإجماع.

ومن اعتبرها عقودًا فعذره عن ملك الأجرة بالتعجيل واشترط التعجيل، فإن طلب حيلة التجويز لهذه الإجارة، فالحيلة: إذا كانت الدار للصغير أن يجعل مال الإجارة بتمامه للسنة الأخيرة، ويجعل بمقابلة السنين المتقدمة مال هو أجر مثله أو أكثر ثم يبرئ[٣] والد الصغير المستأجر عن أجرة السنين المتقدمة ويصح إبراؤه عند[٤] أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -؛ لأنه هو العاقد خلافًا[٥] لأبي يوسف - رحمه الله - فإن أراد أن يصير مجمعًا عليه يلحق به حكم الحاكم المولى في المجتهدات.

وإن استأجر أبو الصبي للصبي فإنه ينظر إلى أجر مثل كل سنة لهذه الدار، فيجعل مال الإجارة على اعتباره للسنين المستأجرة والسنين المتقدمة قليلاً.

صورة ذلك: إذا كانت أجرة هذه الدار لكل سنة مائة يجعل بمقابلة عشرين سنة من أوائل هذه السنين شيء قليل، ويجعل بمقابلة عشر سنين المستأجرة [ألفًا][٦] لا

---

(١) زاد في ح: لا.
(٢) في ح: الشرط.
(٣) في ح: ينوي.
(٤) في ح: عن.
(٥) في أ: بخلاف.
(٦) سقط في أ.

شيء قليل فيجوز ويحصل المقصود، وإن كان الألف أكثر من أجر مثل عشر سنين بحيث [لا][(١)] يتغابن الناس فيه، لا تجوز هذه الإجارة[(٢)] الطويلة في العقار والضياع، تجوز في الدواب والمماليك؛ لأن المعنى[(٣)] لا يوجب الفصل، هذا كله في الأملاك.

جئنا إلى الأوقاف، فيقول: إذا استأجر الأوقاف من المتولي مدة طويلة فإن كان الواقف شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه لا محالة، وإن كان شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة إلا إذا كانت الإجارة أكثر من سنة أنفع في حق الفقير فحينئذ يؤاجر أكثر من سنة، جاز للمتولي أن يؤاجر أكثر إذا رأى ذلك خيرًا [للفقير، و][(٤)] إن لم يشترط الواقف في الوقف ألا يؤاجر أكثر من سنة، كان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: لا يجوز للمتولي أن يؤاجر أكثر من سنة، لو فعل ذلك صح.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص البخاري - رحمه الله - يجيز في الضياع[(٥)] ثلاث سنين، وكان لا يجيز في غير الضياع أكثر من سنة.

وكان أبو الليث - رحمه الله - يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع والدور.

وقد نقل عن جماعة من مشايخنا أنه لا يجوز أكثر من سنة.

وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يفتي بالجواز فيما زاد على ثلاث سنين.

وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز.

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في ح: وكما تجوز الإجارة.
(٣) في ح: الغنى.
(٤) في أ: للفقراء أو.
(٥) زاد في ح: في.

وذكر بعض مشايخنا في شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الإجارة الطويلة على الأوقاف: أن يعتمدوا عقودًا متفرقة على الأوقاف كل عقد على سنة فيكتب: استأجر فلان ابن فلان كذا بثلاثين عقودًا كل عقد على سنة، فيكون العقد الأول لازمًا والثاني غير لازم؛ لأنه مضاف، ولكن هذه الحيلة عندي ضعيفة؛ لأن من لم يجوز الإجارة الطويلة على الوقف إنما لم يجوز صيانة للوقف عن البطلان، فإن الوقف إذا بقي في يد المستأجر مدة طويلة والناس يرونه يتصرف فيه تصرف الملاك يقع في قلبهم أنه ملكه فيشهدون له بالملك لو ادعاه يومًا من الدهر فيبطل الوقف، وفي حق هذا المعنى لا فرق بين أن تكون الإجارة معقودة بعقد واحد، وبين أن تكون معقودة بعقود متفرقة، فلا يجوز بأقل من أجر المثل بحيث لا يتغابن الناس في مثله.

فإن أراد الحيلة لجواز مثل هذه الإجارة الطويلة، فالحيلة: أن يؤاجر المتولي كل سنة مقدار أجر المثل ثم يبرئ المستأجر، ويصح الإبراء؛ لأنه هو العاقد ويقر المستأجر في آخر الصك بالمال الذي توافقا عليه دينًا في ذمته، إما حالًّا أو مؤجلًا كما يريد أنه يجوز من هذا الوجه، فإن كتبت الإجارة الطويلة على الوقف في ثلاث سنين بأجر المثل وإبراء المستأجر عن الأجر وحكم بجواز ذلك كله، جاز؛ لأنه مجتهد فيه، ثم إذا استأجر الوقف بأجر مثله حتى جازت الإجارة ورخصت أجرتها لا تنفسخ[1] الإجارة، وإذا ازداد أجر مثلها بعد مضي بعض المدة، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أنه لا يفسخ الإجارة، وذكر في شرح [الطحاوي][2] أنه يفسخ الإجارة، ويجدد على ما ازداد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى.

ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد إلى[3] وقت الزيادة، فيجب المسمى بحساب ذلك، وبعد الزيادة إلى تمام السنة

---

(١) في ح: يفسخ.
(٢) زاد في ح: متروك.
(٣) في ح: فإلى.

يجب أجر مثلها وزيادة أجر المثل إنما يعرف إذا ازدادت عند الكل. ذكر الطحاوي هذه الجملة في كتاب المزارعة.

وفي الفتاوى: حمام الوقف إذا أجره المتولي من رجل، فجاء آخر وزاد في الأجر ليس للمتولي أن ينقض الإجارة الأولى إذا أجره بأجر مثله أو أنقص قدر ما يتغابن الناس فيه؛ لأن الثاني في الزيادة على أجر المثل متعنت، وهذا كله في الوقف.

أما الأملاك: إذا رخص أجر المثل أو غلا لا تفسخ الإجارة باتفاق الروايات، هذا كله في إجارة الدار.

وأما إذا كان المستأجر أرضًا إن لم يكن فيها زرع ولا شجر، فالإجارة جائزة، وإن كان فيها زرع أو شجر لا تجوز. واختلف المشايخ في تعليل هذه المسألة:

بعضهم قالوا: إنما لا تجوز؛ لأن المستأجر بحال لا يتمكن من الانتفاع فهو بمنزلة ما لو استأجر أرضًا سبخة أو أرضًا نزة.

وبعضهم قالوا: إنما لا تجوز؛ لأن يد رب الأرض قائمة على الأرض حكمًا لكون الأرض مشغولة بالزرع الذي هو ملكه وقد استأجر ما لا يقدر على تسليمه، فلا يجوز، وكذلك إجارة الكرم.

واعلم بأن تمام الإجارة ووجوب الأجر بتسليم المستأجر باتفاق الروايات لا يتحقق التسليم مع هذا الشغل، وأما جواز الإجارة حتى يجب الأجر إذا فرغ الأرض وسلمها الآجر إلى المستأجر، ففيه روايتان: فعلى إحدى الروايتين: شرط التسليم لصحة الإجارة، وإن أراد الحيلة في ذلك فله حيلتان:

إحداهما: أن يدفع صاحب الأرض الزرع أو النخل معاملة إلى الذي يريد أن يستأجر الأرض على أن يعمل فيه بنفسه وأجرائه وأعوانه على أن ما رزق الله تعالى، فهو بينهما على مائة سهم، سهم من ذلك لصاحب الأرض، وتسعة وتسعون سهمًا للمدفوع إليه، [ثم يأذن الدافع للمدفوع إليه][(١)] بصرف السهم الذي له إلى مؤنات

(١) سقط في ح.

هذه الضيعة أو إلى شيء أراد الدافع ويرضى المدفوع إليه بذلك ثم يستأجر الأرض أو أصل الكرم بعد ذلك من صاحب الأرض بالشرائط التي بيناها.

الحيلة الثانية: أن يبيع المزروع[١] والأشجار ممن يريد استئجار الأرض بثمن معلوم ويتقابضان ثم تؤاجر الأرض منه على الشرائط التي بيناها وإن كان الزرع لغير رب الأرض ولا يقدر رب الأرض أن يسلم الزرع، فالحيلة في ذلك ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده: أن يؤاجر الأرض بعد مضي السنة التي فيها الزرع فيجوز، وهذه إجارة مضافة إلى وقت في المستقبل، وإنها جائزة.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - بأن مشايخنا كانوا يترددون في جواز إجارة الأرض التي فيها أشجار وفي إجارة الكرم فيها بحيل وبيع الأشجار قبل الإجارة، بعضهم كانوا لا يجوزون ذلك ويقولون: إن بيع الأشجار هاهنا ليس بيع رغبة إنما هو بيع تلجئة، بدليل أن المستأجر يمنع عن قلع الأشجار، وإذا كان بيع الأشجار بيع تلجئة لا تزول الأشجار عن ملك البائع فحين يؤاجر الأرض يؤاجرها وهي مشغولة بحق البائع ويد البائع قائمة عليها، فلا يجوز.

وبعضهم قالوا: يحكم الثمن، فإن كان الثمن الذي قوبل بالأشجار مثل[٢] قيمة الأشجار أو أكثر يستدل[٣] به على أن بيع الأشجار بيع تلجئة ولا تجوز الإجارة بعده.

وكان العالم[٤] الإمام عبد الرحمن - يرحمه الله - يقول: الإجارة جائزة وبيع الأشجار بيع رغبة؛ لأنهما قصدا صحة الإجارة ولا صحة لها وأن يكون بيع رغبة ولأنهما تلفظا ببيع الرغبة وصرحا به فتجوز الإجارة كيفما كان ثمن الأشجار.

وكان الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد - يرحمه الله - يقول: الإجارة جائزة وبيع

(١) في ح: الزروع.
(٢) في ح: مثله.
(٣) في ح: يستبدل.
(٤) في ح: الحاكم.

الأشجار بيع رغبة إلا أن المستأجر يمنع عن قلع الأشجار للعرف والعادة، وقد يجوز أن يمنع الإنسان عن التصرف في ملكه؛ ألا ترى أن بيع السلاح في أيام الفتنة من أهل[(١)] الفتنة ممنوع عنه يمنع صاحبه عن بيعه مع أن السلاح ملكه، وكذلك من اشترى شجرًا في أرض الغير وأراد أن يقلعها والقلع يضر بالأرض فإنه يمنع المشتري عن القلع ويقال له: خذ قيمة الشجر واتركه، وإن كان ذلك تصرفًا في ملكه.

وكان الطحاوي - رحمه الله - يقول بصحة بيع الأشجار بشرط وهو أن يكون بيع الأشجار بطريقها إلى بابها، وإن لم يكن له باب ينبغي أن يبين طريقًا معلومًا لها من جانب الأرض، أما بدون ذلك شراء الأشجار [يكون فاسدًا ولا يملكها المشتري قبل القبض، ولو كان قبضها كان الرد مستحقًّا عليه بفساد العقد، وبدون صحة شراء الأشجار لا تصح][(٢)] الإجارة.

وسمعت الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - [يقول][(٣)]: الأصح طريق معاملة الزرع والأشجار؛ لأن من أجاز[(٤)] الإجارة الطويلة أجازها[(٥)] فرارًا من[(٦)] شبهة الربا الذي في بيع المعاملة، وبيع الأشجار ههنا بيع معاملة؛ لأنهم يريدون عود الأشجار إلى ملكهم عند فسخ الإجارة فقد وقعوا فيما فروا عنه؛ ولأن في بيع الأشجار مطلقًا يدخل موضعها في الأرض في أصح الروايتين فلا يمكن تجويز إجارة ذلك الموضع؛ لأنه يكون مستأجرًا ملك نفسه.

فإن قال: إنما يدخل موضع الشجر بمقدار غلظ الشجر وعروق الأشجار فيما وراءه ويجوز استئجار موضع عروق الأشجار لإبقاء عروق الشجر[(٧)].

---

(١) في أ: أجل.
(٢) في ح: لا بصحة.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: اختار.
(٥) في ح: اختارها.
(٦) في ح: عن.
(٧) في ح: الأشجار.

قلنا: لو كان الأشجار لمواضع عروق الشجر ينبغي أنه إذا استأجر عروق أصل الكرم أن يستثني مواضع الأشجار حتى تختص الإجارة بما وراءه، فإنه إذا لم يستثن يصير الآجر جامعًا بين ملكه وملك المستأجر ويؤاجرهما صفقة واحدة وإنه لا يجوز.

ثم إذا أراد أن يكتب كتاب الإجارة الطويلة في دار يكتب بعد التسمية: هذا ما استأجر فلان بن فلان الفلاني جميع الدار التي هي ملك الآجر هذا وفي يده وتحت تصرفه، وموضع هذه الدار في كورة كذا في محلة كذا في سكة كذا بقرب مسجد كذا في رقيعة كذا عن يمين من يدخلها أو يساره و[1]المنزل الأول منها و[2]الثاني أحد حدودها كذا والثالث والرابع كذا بحدودها وحقوقها [وطريقها التي هي لها][3] من حقوقها [وكل حق هو له فيها ومنها من حقوقها][4] ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة من تسع وعشرين سنة من متقدمها أولها غرة شهر كذا وآخرها سلخ شهر كذا بكذا [كذا][5] درهمًا جيدة منتقدة معدودة وازنة بوزن سنة نصفها كذا على أن يسكنها [المستأجر هذا ويسكنها][6] من أحب وينتفع بها أي وجوه الانتفاع شاء ويؤاجرها ممن أحب إجارة صحيحة تامة لازمة لا فساد فيها ولا عدة [ولا تلجئة][7] على أن يكون سبع وعشرين سنة من أوائلها سواء الأيام المستثناة سدس درهم وقبض المستأجر هذا جميع هذه الدار المسماة المحدودة في هذا الكتاب يوم وقع عقدة الإجارة هذه قبضًا صحيحًا فارغًا عن كل شاغل ومانع وسلم المستأجر هذا جميع الأجرة المذكورة في هذا الكتاب بتمامه وكماله على سبيل التعجيل إلى الآجر

(١) في ح: أو.
(٢) في ح: أو.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في ح.
(٧) سقط في ح.

هذا وقبضه منه الآجر هذا قبضًا صحيحًا، وجعل كل[١] واحد من العاقدين صاحبه بالخيار في هذه الأيام المستثناة يفسخ العقد أيهما أحب وتفرقا عن مجلس هذا العقد طائعين راغبين لا علة بهما ولا بواحد منهما من مرض وغيره ولا بولاء على واحد منهما ولا عليهما وتفرقا بعد صحة عقد هذه الإجارة وتمامه تفرق الأبدان والأقوال بعدما أقرا على أنفسهما أنهما رأيا هذه الدار المحدودة في هذا الكتاب ظاهرها وباطنها وسائر أرضها [وبنائها وسمائها][٢] وجميع حقوقها وما فيها ومنها من قليل وكثير داخل فيها وخارج عنها وعرفاه ورأياه عند عقد هذه الإجارة[٣] من صيانة وتعاقدا على ذلك وذلك في يوم كذا من سنة كذا.

وإنما كتبنا: أولها غرة شهر كذا؛ لأنه لو كان في وسط الشهر واليوم لا يدرى في أي وقت تنتقض هذه الإجارة فيتنازعان، وكذا في اختيار الفسخ فكتبنا ذلك حتى لا يقع الفسخ خارج الأيام المستثناة، وإنما كتبنا: قبض الدار المستأجرة قبل قبض الأجرة بخلاف البيع؛ لأن ثمة الثمن[٤] واجب بنفس الشراء فيكتب قبل قبض الثمن بعد كتابة الشراء، وههنا الأجر غير واجب على المستأجر حتى يقبض، فلا بد من البداية بقبض الدار، وإنما شرطنا الخيار في الأيام المستثناة عن العقد للحكمة التي ذكرناها قبل هذا.

قالوا: ولا ينبغي أن يكتب في اشتراط الخيار: على أن لكل واحد حق الفسخ في هذه الأيام بمحضر من صاحبه وبغير محضر منه؛ لأن على قول مشايخنا - رحمهم الله - لا يصح الفسخ بدون محضر من صاحبه على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد، فكان شرطًا فاسدًا دخل في هذا العقد، فيوجب فساد العقد.

وإذا استأجر من آخر مدة قصيرة سنة مثلاً، أو استأجر أرضًا بهذه الصفة، ثم

---

(١) في ح: لكل.
(٢) في ح: وبنيانها.
(٣) زاد في ح: من.
(٤) في ح: المستمر.

الآجر أجرها من غيره إجارة طويلة لا شك أن الإجارة الطويلة لا تجوز في هذه الإجارة القصيرة؛ لأن إجارة المستأجر لا تنعقد أصلاً. وهل يجوز فيما وراءها؟ فمن جعلها عقدًا واحدًا يقول: لا تجوز؛ لأن[١] العقد فيما وراء المدة القصيرة مضاف، وإضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل جائزة فإذا انقضت المدة [تنفذ الطويلة][٢]، وأما إذا استأجر أرضًا أو دارًا إجارة طويلة، ثم إن الآجر أجرها من غيره إجارة طويلة لا تنعقد الإجارة الثانية أصلاً، حتى إن الآجر مع الأول إذا تفاسخا الإجارة لا يؤمر بتسليمها إلى المستأجر الثاني.

رجل أراد أن يستأجر دارًا أو ضياعًا سنين معلومة ويخاف المستأجر أن تنتقض الإجارة بموته أو بموت الآجر أو يغدر به الآجر وأراد التوثيق به، فالحيلة في ذلك: أن يجعل المستأجر لكل سنة من أول سني الإجارة أجرًا قليلاً مما يريد أن يستأجر به[٣] ويجعل أكثر الأجر للسنة الأخيرة من هذه السنين، حتى إذا انفسخ العقد قبل حصول مقصوده لا يلزمه ما يتضرر به ويمتنع رب الدار من الفسخ كيلا يفوته معظم الأجر الذي هو بمقابلة الأجرة، وإن كان رب الدار هو الذي يخاف أن يسكن المستأجر بعض السنين ويفسخ العقد بعد ذلك بعذر، فالثقة لرب الدار أن يجعل معظم الأجر بمقابلة السنة الأولى حتى لا يفسخ المستأجر العقد في بقية المدة؛ لأنه قد لزمه أكثر الأجر، ولو انفسخ العقد، لم يتضرر به صاحب الدار.

ذكر الخصاف المسألة على هذا الوجه في حيله.

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الإجارات مثل هذه الحيلة في الغلام فقال: الأب إذا سلم الغلام ليعلمه العمل، وقد كان الغلام قد بلغ مقدار ما يستأجر مثله لذلك العمل، وخاف كل واحد منهما من صاحبه - يعني أبا الغلام والعاقد- وذكر

---

(١) في ح: يقول إن.
(٢) في ح: تنفد للطويلة.
(٣) زاد في ح: الأرض.

الحيلة من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولم يذكر الخصاف ما إذا خاف كل واحد منهما من صاحبه الغدر كيف النقد لهما.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - الوجه في ذلك: أن يجعلا شيئًا كثيرًا من الأجر للسنة الأولى وكذا للسنة الأخيرة وما بقي من الأجر يكون بمقابلة ما بين السنة الأولى والسنة الأخيرة حتى إنه إذا أراد أن يؤاجر دار إنسان مثلاً عشر سنين بألف درهم يجعلان أربعمائة وخمسين بمقابلة السنة الأولى، وأربعمائة وخمسين بمقابلة السنة الأخيرة، وما بقي من ذلك مائة بمقابلة ثمان سنين.

المستأجر إجارة طويلة إذا أجر المستأجر من غيره إجارة طويلة، ذكر الحاكم أحمد السمرقندي - رحمه الله - في شروطه: ينبغي له أن يبين في الإجارة الثانية الأيام المستثناة في الإجارة الأولى ويستثني ذلك نصًّا لتبيين الداخل في العقد الثاني من الأيام من غير الداخل، وهذا؛ لأن الأيام المستثناة في العقد لا بد من بيانها واستثنائها نصًّا لتصح الإجارة الثانية في ذكر على حدة، وأما إذا كتب في الذكر الأول أو على ظهره وذكر فيه سوى الأيام المستثناة المذكورة فيه كفى ذلك لجواز العقد الثاني. وإذا باع الآجر المستأجر قبل أيام الاختيار ثم جاء وقت الاختيار هل ينفذ البيع؟

حكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أنه كان يقول: يجب أن يكون في المسألة روايتان: في رواية يجوز. وفي رواية: لا يجوز.

والصدر الشهيد - رحمه الله - اختار رواية الجواز.

والشيخ ظهير الدين اختار رواية عدم الجواز احترازًا عن التلبيس والإبطال، وكان يقول: الناس يحتالون ويقولون: قد بعنا قبل الأيام وانفسخت الإجارة في الأيام المستثناة ويطلبون أجرة ما مضى بعد الفسخ وعسى يزداد ذلك على مال الإجارة فيؤدي إلى الإضرار بالمسلمين.

ولكن هذا ليس بصواب، فإن في هذه الصورة لا يجب على المستأجر أجر ما

مضى بعد الفسخ، وإن كان المستأجر معدًّا للاشتغال إذا لم يعلم المستأجر بالفسخ لا يكون سكناه على وجه العلة، بل يكون بتأويل الإجارة وإنما تجب العلة في المعدة للاستعمال بالسكنى إذا كان السكنى وجه العلة نصًّا أو دلالة، أما إذا كان بتأويل عقد أو تأويل ملك كبيت أو حانوت عن رجلين سكن أحدهما فيه لا يجب الأجر على الساكن وإن [كان معدًا][1] للاستغلال، وإن كان الآجر باع المستأجر في أيام الفسخ، ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن هذا الفصل يجب أن يكون على الروايتين كما لو باعه قبل أيام الفسخ؛ لأن الإجارة في الثانية مضافة.

وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يقول: ينبغي أن ينفذ البيع ههنا باتفاق الروايات؛ لأن للآجر ولاية الفسخ في الأيام المستثناة، والبيع دلالة الفسخ، ولهذا احتالوا بحيلة البيع قبل أيام الفسخ لينفسخ في أيام الفسخ، فأما في الإجارة المضافة فليس للآجر ولاية الفسخ فجاز أن يكون في نفاذ بيعه في أيام الفسخ اختلاف الروايات.

وهب المستأجر للآجر في الإجارة الطويلة الأجر قبل انفساخ الإجارة لا يصح؛ لأن الأجرة صارت ملكًا للآجر فالمستأجر وهب ملك الآجر منه فلا يجوز، وإذا استأجر شيئًا إجارة طويلة صحيحة بدنانير دين موصوفة فأعطاه مكان الدنانير دراهم ثم تفاسخا العقد، فالآجر يطالب بالدنانير لا بالدراهم؛ لأن التعجيل مشروط في الإجارة الطويلة فالأجرة تجب باشتراط التعجيل في الإجارة الصحيحة، فإذا قبض مكان الدنانير دراهم كانت هذه مصارفة بدين واجب فتصح وصار المستأجر بإيفاء الدراهم [موفيًا الدنانير، ولو كان العقد فاسدًا وباقي المسألة بحالها يطالب الآجر بإعطاء الدراهم؛ لأن الأجرة لا تملك باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة فلم

(١) في ح: معه.

تصح المصارفة، فلا يصير المستأجر][١] موفيًا الدنانير، فلا يجب على الآجر إيفاء الدنانير.

ولو قال لغيره: أجرتك داري هذه أو قال: أرضي هذه على أنك تفسخ العقد متى شئت، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن مدة الخيار تزيد على ثلاثة أيام.

وفي فتاوى الفضلي: إذا أجر الرجل حانوته مشاهرة ثم أجره من غيره إجارة طويلة وأمر الآجر المستأجر أن[٢] يكون هو الذي يقبض الأجرة من المستأجر مشاهرة ثم مات الآجر بعد ذلك والمستأجر إجارة طويلة هو الذي يقبض الأجر فيها[٣] فهو له إلا أجرة الشهر الذي وقعت الإجارة الأولى فيه؛ لأن الإجارة الثانية إنما تصح عند الشهر الثاني؛ لأن بموته تنفسخ الأولى.

ومعنى المسألة: أن الإجارة الأولى وقعت صحيحة، وإنما تمتنع صحة الإجارة الثانية، ولكن للآجر حق الفسخ عند الشهر الثاني وإقدامه على الإجارة الثانية دليل الفسخ فانفسخ العقد الأول عند الشهر الثاني، ومتى صحت الإجارة الطويلة فإذا طلب المستأجر إجارة طويلة الأجرة من المستأجر الأول وأجابه المستأجر الأول إلى ذلك فهذا عقد بين الأول وبين المستأجر إجارة طويلة إجارة جديدة مشاهرة، فهو معنى قوله: ما قبض المستأجر الثاني من الأجرة فهو له إلا أجر الشهر الذي وقعت فيه الإجارة الأولى.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي - رحمه الله -: أراد بقوله: (ما قبض المستأجر من الأجرة فهو له)، ما قبض في حال حياة الآجر؛ لأن بموت الآجر تنفسخ الإجارة فما يأخذ بعد ذلك يأخذ بغير حق فيلزمه رده على من أخذ منه.

إذا استأجر كرمًا إجارة طويلة كما هو المرسوم ففوارغه على من فهذا على

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: إجارة طويلة.
(٣) في ح: فيما قبض.

التفصيل: إن باع الأشجار كما هو أحد الطريقين لا شيء على الآجر، وإنما هو على المستأجر وهو المشتري، وإن دفع معاملة كما هو أحد الطريقين فهو[1] على الأجر والعمل وهو المثل ليصير زارعًا على المستأجر.

وإذا استأجر من آخر أرضًا سنة بأجرة معلومة، ثم إنه دفعها إلى المؤاجر مزارعة ينظر: إن كان البذر من قبل المالك وهو المؤاجر لا يجوز، وإن كان البذر من قبل المستأجر جاز؛ لأن في الوجه الأول: يصير المالك مستأجرًا لملكه وهو الأرض، والمالك لا يصلح مستأجرًا، وفي الوجه الثاني: يصير المالك أجيرًا في العمل لغيره في ملك نفسه والمالك يصلح كذلك.

هذه المسألة في شروط الحاكم أحمد - رحمه الله -.

وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد - رحمه الله -: أنه لا يجوز سواء كان من قبل المالك أو من قبل المستأجر، فأما إذا استأجر رب الأرض بالدراهم ليعمل من الأرض جاز، وأما إذا استأجر كرمًا ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى المؤاجر معاملة، فهو[2] على وجهين: إن كان المالك في الإجارة باع الأشجار كما هو أحد الطريقين جاز، وإن كان المالك دفع الأشجار معاملة لا يجوز دفع المستأجر إلى الآجر معاملة، وعلى قياس المسألة الأولى لا يجوز، فيتأمل عند الفتوى.

إذا دفع أرضه مزارعة على أن يكون البذر على المزارع حتى صار المزارع مستأجرًا للأرض ثم آجر من غيره إجارة طويلة من غير رضى المزارع لا يجوز؛ لأنه أجر المستأجر فلا يجوز فإن رضي به المزارع انفسخت مزارعته، وتتعذر الإجارة الطويلة بخلاف إجارة المستأجر إذا رضي به المستأجر، حيث ينفذ عليه وههنا ينفسخ الأول.

إذا وقعت الإجارة على أرض فيها أشجار أو على كرم، فكان فيه بيع الأشجار ثم

---

(١) في ح: فهي.
(٢) في ح: فهذا.

تفاسخا الإجارة ينفسخ البيع في الأشجار [بفسخ الإجارة ولا يحتاج إلى فسخ البيع في الأشجار][١] نصًّا.

رجل استأجر من آخر كرمًا بشرائطها من بيع الأشجار وغير ذلك، إلا أن المستأجر لم يقبض الكرم من الآجر وأتى على ذلك سنون وقد كان المستأجر يبيع ثمار الكرم على الأشجار من الآجر في كل سنة ويأخذ منه الثمن ما حكم هذه المسألة؟

فقد قيل: حكم المسألة أن بيع الثمار من المستأجر قبل القبض فاسد؛ لأنه بيع المبيع المنقول قبل القبض.

بيانه: أن الأشجار صارت مبيعة والثمار متولدة منها، والمتولد من المبيع مبيع فإذا باعها قبل القبض فقد باع المبيع المنقول قبل القبض فيكون فاسدًا، فإذا استهلكها الآخر[٢] يجب على الآجر قيمتها ليس من ذوات الأمثال.

وهذا الجواب ليس بصواب؛ لأن الآجر بأكل الثمار صار مستهلكًا الزيادة الحادثة من المبيع قبل القبض، والزيادة الحادثة من المبيع قبل القبض تصير مقصودة بالاستهلاك ويأخذ قسطًا من الثمن فينقسم ثمن الأشجار على الأشجار وعلى الثمار على قدر قيمتها، فما أصاب الثمار سقط عن المشتري، وإما أن يجب عليه قيمة الأشجار، فالإجارة طويلة (وافسخ كرديد أجره من مستأجر [راكفت مال][٣] اجارت زا ازمان رازمان زهد حق بائع درحبس حق باطل شور).

حكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أنه كان يقول: المتولي إذا أجر الوقف مدة معلومة كما هو الرسم ببخارى أو عجل المستأجر الأجرة، ثم إنهما تفاسخا العقد ليس للمستأجر أن يمنع المستأجر إلى أن يستوفي

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: الآجر.
(٣) في ح: كتب.

الأجر؛ لأن الوقف لا يحبس بحال؛ لأن فيه تعطيل الوقف.

رجل استأجر من آخر دارًا إجارة طويلة بمائة دينار وقيمة الدار خمسون دينارًا، فمات الآخر حتى انفسخت الإجارة بموته ولم يترك مالًا سوى هذه الدار، ثم إن وارث الآجر أجر هذه الدار من المستأجر بالمائة الدينار التي له على مورثه إجارة طويلة ثم انفسخت هذه الإجارة من بين وارث الآجر وبين المستأجر، فالمستأجر لا يرجع على الوارث بالمائة؛ لأنه لا يجب على الوارث للمستأجر شيء بحكم انفساخ الإجارة ما قبضه الآجر من المستأجر بحكم العقد، فإذا لم يقبض منه شيئًا بحكم الإجارة الثانية لا يجب عليه عند انفساخها رد شيء، بقي دين المستأجر على الميت وذلك مائة؛ إلا أن تركة الميت هذه الدار وقيمتها خمسون فيطالبه المستأجر بقدر خمسين لا بالمائة.

عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل أجر عبده من رجل وسلمه إليه ثم باعه من غير عذر وسلمه إلى المشتري ومات في يده، فليس للمستأجر أن يضمن المشتري قيمته، فالمشتري في هذا يخالف الراهن؛ لأن حق المستأجر في المنافع والقبض لا تلافيها، وحق المرتهن في العين والقبض تلافيه.

وعنه أيضًا: رجل استأجر من آخر دارًا على أنها عشرة أجربة بعشرة دراهم فزرعها ثم وجدها خمسة عشر جريبًا أو وجدها تسعة أجربة فله الأجر الذي سماه.

ولو قال: كل جريب بدرهم، سئل شيخ الإسلام أبو الحسن الأشعري - رحمه الله - عن مقدار أجربة الصكاكين فقال: الوثيقة إذا كانت [بمال][١] يبلغ ألفا ففيها خمسة دراهم فإن بلغ ألفين ففيها عشرة دراهم هكذا إلى عشرة آلاف حتى يجب خمسون درهمًا في عشرة آلاف، ثم ما زاد ففي كل ألف درهم يضم إلى الخمسين الواجبة، وإن كانت الوثيقة بأقل من الألف إن لحقه من المشقة مثل ما يلحقه وثيقة[٢]

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: وسعه.

الألف [ففيها][(١)] خمسة دراهم، وإن كان ضعف ذلك ففيها عشرة دراهم، وإن كان نصف ذلك ففيها درهمان، وفي الزيادة والنقصان على اعتبار ذلك. قال شيخ الإسلام هذا: كذا ذكر لنا السيد الأجل الزاهد الأستاذ أبو شجاع.

قال شيخ الإسلام: هذا كأنه مروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أو عن بعض أصحابنا المتقدمين - رحمهم الله -.

استأجر أرضًا للمزارعة فزرعها واصطلم الزرع آفة يجب الأجر لما مضى ويسقط أجر ما بعد الاصطلام.

ذكر شيخ الإسلام في السير الصغير في باب توظيف الخراج: رجل استأجر من آخر دارًا بمائة دينار فلم يسكنها حتى أمره رب الدار أن يعطي رجلاً عشرة دراهم من أجرة الدار على أن يكون قرضًا لرب الدار على القابض، ثم انتقضت الإجارة بينهما بموت أحدهما، لا سبيل للمستأجر على المستقرض؛ لأن رب الدار يصير كالمستعجل بهذا القدر من الأجر، فعند انتقاض الإجارة يكون رجوعه على رب الدار لا على المستقرض، فبعد ذلك إن كان المستأجر نقد المستقرض أردأ[(٢)] من أجرة الدار، رجع على الآجر بما أعطى، وإن نقد أفضل، لم يرجع على الآجر إلا بمثل ما أمره بالأردأ[(٣)] ويرجع الآجر على المستقرض بمثل ما قبض من المستأجر.

استأجر دابة بعينها؛ لأن يضع عليها مقدارًا أو أرى المكاري أن يضع عليها شيئًا من متاعه من المستأجر، فللمستأجر أن يمنع المكاري من ذلك، مع هذا إذا وضع وتلفت الدابة من ذلك الموضع يجب المسمى بكماله بخلاف ما إذا استأجر دارًا وشغل بعضها رب الدار بمتاع نفسه، حيث يسقط عن المستأجر بحصته من الأجر. في باب إجارات الدواب من شرح شيخ الإسلام - رحمه الله -.

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: من اودى.
(٣) في ح: بالأداء.

[رجل][١] استأجر رجلاً ليحمل له خشبة من كربسة إلى بخارى على العجلة فجاء بها في الماء، قيل: له أجر المثل.

ذكر في باب مسائل شتى من النوازل: أجر دابة إلى موضع بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه ذلك فرجع بعد خمسة أيام، قال: عليه درهمان؛ لأنه خالفه في الرجوع، فعليه أجر الذهاب خاصة.

المستأجر يضمن بالتجهيل؛ لأن العين في يده أمانة والحكم في الأمانات ما ذكرنا.

انتقد رجل دراهم غيره فلم يحسن الانتقاد فلا أجر له ولا ضمان عليه.

في غصب فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: استأجر رجلاً بدراهم معلومة لعمل معلوم فاستحقت، فللآجر أجر مثل عمله، وإذا كانت الأجرة عينًا وباقي المسألة بحاله يجب قيمة الأجر.

ذكر شيخ الإسلام في [شرح][٢] كتاب المزارعة في باب المزارعة يكون البذر فيها لرجل والعمل لآخر: أن الإجارة على عمل كان العامل شريكًا فيه لا تنعقد أصلاً، وإجارة المكان لوضع طعام مشترك من شريكه جائز.

إذا قال الآجر: أجرتك هذه الدار سنة بألف درهم كل شهر بمائة تقع الإجارة على ألف ومائتي درهم، ويصير القول الثاني فسخًا للأول، كما لو باع بألف ثم باع بأكثر.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا قصد أن تكون الإجارة كل شهر بمائة، أما إذا غلطا في التفسير لا يلزمه الألف درهم؛ لأنه لم يقصد فسخ العقد الأول، وإن ادعى الآخر أنه كان قصدهما فسخ الأول، وادعى المستأجر الغلط في التفسير، فالقول قول مدعي الفسخ مع يمينه، كما لو تواضعا على بيع تلجئة ثم باشرا العقد مطلقًا من غير

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.

شرط، يثبت البيع بينهما مطلقًا، إلا أن يتفقا أنهما باشرا على ما تواضعا عليه كذا [ههنا][(١)].

وفيه أيضًا: إذا قال لآخر: أجرتك داري هذه يومًا واحدًا بكذا وسنة مجانًا، ولو قال: أجرتك داري هذه سنة يومًا بكذا، وباقي السنة مجانًا، فسكنها سنة كان عليه أجر مثله في يوم واحد ولا شيء له في الباقي؛ لأنه نفى الإجارة في الباقي، وإنما وجب أجر المثل في يوم واحد؛ لأن الإجارة في يوم واحد وقعت بصفة الفساد لجهالة اليوم.

وفي النوازل: استقرض من آخر دراهم وسلم إلى المقرض حماره ليمسكه ويستعمله إلى شهرين حتى يوفر عليه الدراهم، والحمار عند المقرض بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإذا استعمله فعليه أجر مثله، وكذلك إذا سلم إلى المقرض داره ليسكنها فهذه إجارة فاسدة، ولا يكون رهنًا.

وفيه: لو استقرض دراهم من رجل وقال: ليسكن حانوتي هذا، فما لم أرد عليك دراهمك فلا أطالبك بأجرة الحانوت والأجرة التي تجب عليك هبة لك، فدفع المقرض الدراهم وسكن الحانوت مدة.

قال: إن كان ذكر ترك الأجرة عليه مع استقراضه منه المال فالأجرة واجبة على المقرض يريد به أجر المثل، وإن كان ذكر ترك الأجرة قبل الاستقراض أو بعده فلا أجر على المقرض والحانوت عنده عارية؛ لأن في الوجه الأول قصد التوسل بمنافع الدار إلى المقرض فما رضي باستيفائها مجانًا والمستقرض وافقه على ذلك حتى أقرضه على تلك المواضعة، فكان إجارة فاسدة.

أما في الوجه الثاني: لم يطمع في مقابلة منافع الدار شيئًا، فكانت الدار عارية.

قيل: الصحيح أنه يجب أجر المثل في الوجهين؛ لأنا نعلم يقينًا أن غرضه من دفع الدار وترك الدار التوسل إلى القرض فما رضي باستيفاء منافع الدار مجانًا ففي

---

(١) سقط في ح.

الحالين جميعًا وجب أجر المثل من هذا الوجه.

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله -: رجل استأجر من آخر أرضًا على أنها عشرة أجربة بعشرة دراهم فزرعها ثم وجدها خمسة عشر جريبًا، أو وجدها تسعة أجربة، قال: فله الأجر الذي سمى، ولو قال: كل جريب بدرهم، حسب عليه كل جريب بدرهم.

ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله -: رجل اكترى من رجل دارًا بعبد سنة، فسكن المستأجر الدار ثم ناقضه الإجارة في العبد فإنه يرد العبد ويعطيه أجر مثل الدار وإنما كان كذلك؛ لأن جعل العبد أجرة صحيح به فصارت الإجارة عرضًا وصارت هذه الإجارة في معنى بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحد العوضين فتصح الإقالة على القرض[1] القائم، وإذا صحت الإقالة على العبد عاد العبد إلى ملك المستأجر فوجب رد العين على المستأجر ووجب رد المنافع على الآجر وتعذر ردها صورة فيجب ردها معنى برد أجر المثل.

وإذا تكارى منزلًا كل شهر بدرهم على أن ينزله ولا ينزل غيره، فتزوج امرأة أو امرأتين فله أن ينزلهما وليس لصاحب الدار أن يأبى؛ لأن هذا شرط ضائع لا منفعة فيه لصاحب الدار؛ لأن سكنى غيره لا يضر بالدار حتى يكون [في][2] ترك سكنى غير المستأجر منفعة للمستأجر، فقد حكم بجواز هذا العقد مع هذا الشرط وإن كان هذا شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأنه ليس للمتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط لا يفسد العقد، وهذه المسألة متداولة، وتأويلها ألا يكون للمنزل بئر بالوعة ولا بئر وضوء، وقد ذكرنا هذا التأويل في المسائل المتقدمة.

رجل استأجر من رجل مرّا عشرة أيام بدرهم، ثم إن المستأجر أودع المرّ عند الآجر خمسة أيام من هذه العشرة كان على المستأجر أجر العشرة أيام؛ لأن يد

(١) في ح: العرض.
(٢) سقط في ح.

المودع يد المودع فكان المرّ في يد المستأجر في جميع المدة، ولو كان مكان الإجارة عارية وباقي المسألة بحالها، ففي وجوب الأجر في مدة العارية روايتان.

رجل استأجر دكانًا شهرًا كل يوم بدرهم فنادى منادي أمير البلدة: أن من فتح الدكان إلى ثلاثة أيام أغير على متاعه، فلم يفتح المستأجر الدكان ثلاثة أيام خوفًا من الغارة هل يجب عليه أجر هذه المدة؟ إن لم يكن الغالب هو الغارة [على تقدير الفتح يجب، وإن كان الغالب هو الغارة][1] فإن كانت أمتعته في الدكان فبقدر حصة المتاع يجب الأجر وبقدر حصة التصرف لا يجب.

«مردى أو علة دار دكان حوش ازعلها كدشيه متى ياست وعلة دار كراردن علها كدشة مما طلب في كرد فداويد دكان تقاضى مرافعت كرد قاضي دكان دامهر كردرين مرب كه بردر دكان مهر بوده باسيد غلة واجب بودير غلة دار بانه جواب انست اكر غلة دار مهر قاضي رانتو ابدا فكند رخصار» ممنوعًا عن الانتفاع بالدكان فيسقط عنه الأجر كما في فصل الغصب «تافند شانه يافندكي نمر ذكر فيه است هردور ببدل معلوم وابن يافنددر مغاك وفق يا فندكي من كند متولي شانه راارحمت غلة كرفت وبر وجند روز بداست مرد شانه دران مدت كي دردست واجب سود جواب است كه اكر يا فند راقوت معايله يا متولي وساندن شارار متولي ينسب واجب بسود اكيرى» سفينة بحمل الحنطة المعينة إلى موضع، فحمل صاحب السفينة تلك الحنطة في سفينة أخرى استحق الأجر المسمى؛ لأن بين السفينتين لا تفاوت في الحمل، ذكره الشيخ الإمام الكبير البقالي - رحمه الله تعالى-.

استأجر بعيرًا بعينه للحمل عليه، فليس للمكاري أن يحمله[2] على بعير آخر، ولو لم يعين بعيرًا صح وللمكاري أن يحمله على أي بعير شاء.

في أول إجارات القدوري: استأجر رجلاً «باحر نهادي رااز سفر بكردون تبارد

---

(١) سقط في ح.

(٢) في خ: يحمل.

ببخاري حوبها را بابا ندرا فكند ويخارى اورد مسمى واجب سود بتمامي وعلى هذا نكري مرد بكرى رابا جاءت كرفت خمها ويدار بدر وازج ركر دون باب ابدرا فكند ويرد أجر واجب سود بتمامي».

وإنما وجب الأجر بتمامه استدلالًا بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في كتاب الإجارات من الجامع الصغير صورتها: رجل استأجر رجلًا ليحمل متاعًا له وعين له الطريق، فأخذ الأجير في طريق آخر وبلغ ذلك المكان فله الأجر المسمى، وكذلك لو حمله في البحر فيما يحمله الناس وبلغ ذلك الموضع فله [الأجر][1] المسمى.

الآجر إذا باع المستأجر من أجنبي، ثم [إن][2] المشتري دفع الثمن إلى المستأجر بجهة مال الإجارة ينظر: إن كان الآجر حاضرًا كان متطوعًا، وإن لم يكن حاضرًا لم يكن متطوعًا؛ لأن في الوجه الثاني: هو مضطر في الأداء لتخليص ملكه فهو نظير المعير للرهن إذا قضى دين المستعير، وفي الوجه الأول: هو ليس بمضطر؛ لأنه يمكنه أن يدفع الثمن إلى الآجر ليقضي الآجر به مال الإجارة فيسلم ملك المشتري له.

رجل تكارى دابة ليذهب بها إلى شرع مثلًا على أن أجرها درهم، وإن ذهب بها إلى طواويش فأجرها أيضًا درهم، وهو أن يذهب بها إلى شرع[3] تجاوزه وعلى أحد التقديرين أجرها إلى شرع أقل من درهم فكان الأجر إلى شرع مجهولًا فتفسد الإجارة.

سئل عن أجرة القابلة، فقال: على من دعاها واستأجرها، إن دعا الزوج إياها، فالأجر على الزوج، وإن دعت المرأة إياها فالأجر على المرأة، وإن طلبت المرأة من زوجها أن يستأجر القابلة لا يجبر الزوج على ذلك؛ لأن أجرة القابلة في معنى ثمن

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) زاد في ح: ولم.

الدواء وأجرة الطبيب وذلك لا يجب على الزوج.

إذا استأجر دارًا بشيء بعينه نحو الثوب أو العبد مدة معلومة وسكن المستأجر الدار في مدة الإجارة ثم استحق ذلك الشيء رجع.

ذكر محمد في الأصل وفرق بين الإجارة ثم والنكاح، فإن من تزوج امرأة على شيء بعينه واستحق ذلك الشيء من يد المرأة فالمرأة ترجع على الزوج بقيمة ذلك الشيء.

«مردى أشياء بمردى بإجارات دا دهمين أجر كندمها فرستاد يرد بك همين مستأجر يا‌ارد كيد فمزد واجب سود واكر كعته باسد كي ار دكن ونه كفت يابن اسافرد واجب سود».

استأجر مرّا [شهرًا][(١)] كل يوم بدرهم فعمل بالمر عشرة أيام أو أكثر من ذلك فجاء غريم له يتقاصاه ودفع المر إليه رهنًا له بماله وبقي المر في يد الغريم عشرة أيام، ثم إن المستأجر قضى دين الغريم واسترد المر فهل يجب الأجر للعشرة الأيام التي كانت فيها رهنًا؟

ينبغي ألا يجب؛ لأنه صار غاصبًا الرهن ودخل في ضمانه، والأجر مع الضمان لا يجتمعان.

استأجر المبانة بعد انقضاء عدتها لترضع ولده منها بأجر معلوم، ثم تزوجها هل تبقى تلك الإجارة؟

قيل: ينبغي ألا تبقي؛ لأن الإجارة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع ساعة فساعة فبعدما تزوجها يتجدد انعقاد الإجارة على إرضاع ولده منها فكأنه استأجرها في هذه الحالة، ولو استأجرها في هذه الحالة لا تجوز الإجارة كذا ههنا.

رجل اشترى من آخر غلامًا أو عرضًا وقبضه وأجره من البائع مدة معلومة بأجر معلوم ثم استحق المشتري هل يطالب المشتري البائع بأجرة ما مضى من المدة؟

---

(١) سقط في ح.

فقد قيل: ينبغي ألا يطالب؛ لأنه تبين أن البائع كان غاصبًا، وأن المشتري كان غاصب الغاصب وعلى الغاصب رد المغصوب على الغاصب، فإن دفعه إلى البائع يجعل رد المغصوب، وإن كان الدفع بجهة الإجارة لما عرف أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق يعتبر أصلاً بجهة الاستحقاق وإن أوقعه الموقع بجهة أخرى.

رجل دفع غلامه أو ابنه [إلى النساج][1] واستأجره ليعلمه عمل النسيج فأراد النساج أن يسلم الغلام إلى نساج آخر ليعلمه ذلك العمل.

فقد قيل: ليس له ذلك، وهو الأصح؛ لأن النساج في معنى المودع ولكن بأجر، وليس للمودع أن يودع.

بيان هذا الكلام أن هذا العقد إنما يصح إذا استأجره ليقوم عليه ويحفظه وفي أثناء ذلك يعلمه، أما الاستئجار لنفس التعليم لا يصح، وإذا كان طريق تصحيح هذا العقد ما قلنا كان النساج مودعًا ولكن بأجر، فالتقريب ما ذكرنا.

وفي الأصل: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا ودفعها إليه رب الدار إلا بيتًا منها كان فيه متاع له وسكنها المستأجر قال: يدفع عنه بحصة ذلك، وهذا مشكل؛ لأن الغالب صفة؛ لأن البيت صفة الدار.

ولهذا قالوا: استأجر دارًا على أن فيها ثلاث بيوت فإذا فيها بيتان فإنه يتخير ولا يسقط شيء من الأجر، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز.

والجواب: إن كان الفائت صفة إلا أن الفوات بفعل البائع، والوصف له حصة من البدل إذا فات بفعل البائع كما في بيع العين بخلاف ما لو انهدم بيت منها أو حائط وسكن المستأجر في الباقي حيث لا يسقط شيء من الأجر؛ لأن الوصف هلك بآفة سماوية، والوصف متى فات بآفة سماوية لا يوجب سقوط شيء من البدل، وما ذكرنا من الجواب فيما إذا استأجر دارًا على أن فيها ثلاث بيوت فإذا فيها بيتان فإنه

(١) في ح: للنساج.

يتخير ولا يسقط شيء من الأجر فذلك فيما إذا لم يقل: كل بيت بكذا، فأما إذا قال: كل بيت بكذا، يرفع عنه بحساب ذلك على قياس مسألة الجريب التي تقدم ذكرها في هذا الفصل.

وفي الفتاوى إذا استأجر مشاطة لتزين العروس فالإجارة فاسدة والأجرة مكروهة غير طيب لها، إلا أن تكون على وجه الهدية من غير شرط ولا تقاضي فيكون أهون وفيه نظر.

والصواب أن يقال[١]: إذا استأجرها مدة معلومة أو كان العمل معلومًا أنه يجوز الإجارة ويطيب لها الأجر؛ لأن تزيين العروس ليس بمعصية هل هي محتاجة؟ فصار كسائر الأعمال المباحة.

وفي فتاوى الفضلي: الدلالة في النكاح لا تستوجب الأجر، وبه كان يفتي - رحمه الله -، وغيره من مشايخ زمانه كانوا يفتون بوجوب أجر المثل لها؛ لأن معظم الأمر في النكاح يقوم بها ولها سعي في إصلاح مقدمات النكاح فتستوجب أجر المثل، بمنزلة الدلال في باب البيع.

وفيه أيضًا: أهل بلدة يغل عليهم مؤنات العمال فاستأجروا رجلًا بأجرة معلومة ليذهب ويرفع أمرهم إلى السلطان الأعظم للتخفيف عنهم، وأخذ الأجرة من عامتهم غنيهم وفقيرهم، ذكر أنه إذا كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهيأ له إصلاح الأمر بيوم أو يومين جازت الإجارة، فإن كان بحال لا يحصل ذلك إلا بمدة فإن وقتوا للإجارة وقتًا معلومًا فالإجارة جائزة والأجر كله له، وإن لم يوقتوا فالإجارة فاسدة وله أجر [مثله والأجر][٢] عليهم على قدر مؤنتهم، وهذا نوع توسيع في الاستحسان.

أما على جواب الكتاب: لا تجوز هذه الإجارة إلا مؤقتة، وبه نفتي، وهكذا ذكر

---

(١) في ح: يقول.
(٢) سقط في ح.

شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في باب الرشوة في شرح آداب القاضي أن هذه الإجارة لا تجوز إلا مؤقتة، وإن كان مدة الإصلاح يومًا أو يومين.

قال في الأصل: رجل تزوج امرأة ونزل عليها وهي في منزل بكراء فمكث عندها سنة فجاء صاحب المنزل يطلب أجر منزله فقالت المرأة للزوج: أجر منزله عليك. وقال الزوج: إنما أسكنتك وأجره عليك. وقالت المرأة: قد أخبرتك أنه معي بأجر، وقال الرجل: ما أخبرتيني أنك تسكني بأجر...[١] لا غير لإنكار الزوج أنها لم تخبره؛ لأنها وإن أخبرته فلا أجر عليه ولم يكن على الزوج أجر؛ لأن الزوج ليس بعاقد ولا ضامن عنها الأجر لرب المنزل فلا يجب عليه الأجر، وإن ضمن الأجر عنها لرب البيت الآن[٢] يؤاخذ الزوج بالأجر؛ لأنه كفل عنها بالأجر لرب المنزل والكفيل يؤاخذ بما كفل به فإن أدى لا يرجع سواء أدى بإذنها أو بغير إذنها، إن كان بغير إذنها فلا إشكال كما لو كفل عنها بدين آخر، وإن كان بإذنها فكذلك؛ وذلك؛ لأن العرف أن الزوج إنما يضمن عنها أجر المسكن على سبيل الصلة لا ليرجع عليها بذلك؛ لأن الإسكان عليه والمعروف كالمشروط فكأنه شرط في الكفالة أن يتكفل عنها ولا يرجع بذلك عليها، ولو صرح أن يرجع بذلك عليها لا يرجع فكذا هذا.

ونظير هذا ما قاله محمد - رحمه الله - في كتاب النكاح: إن الأب إذا ضمن المهر عن ابنه الصغير فإنه لا يرجع في مال الصغير في الاستحسان؛ لأنه في العرف إنما يبذل ذلك صلة للصغير لا ليرجع في ماله فكذلك هذا، فإن لم يضمن لرب المنزل ذلك ولكن أشهد لها بأن قال: أضمن لك الأجر، ولم يضمن لرب البيت فإنه لا يلزمه الأجر؛ لأنه لم يضمن عنها لرب البيت حتى يصير كفيلاً عنها بالأجر فيؤاخذ بذلك، إنما يضمن[٣] لها ما عليها من الأجرة، ومن ضمن للمديون ما عليه لصاحب

(١) ثبت في حاشية ح: البياض في الأصل وهو متروك.
(٢) في ح: إلا أن.
(٣) في ح: ضمن.

الدين [لم يؤاخذ][(١)] هذا، فلم[(٢)] يمكن تجويز هذه الكفالة.

قال في الأصل أيضًا: رجلان استأجرا منزلًا من رجل كل شهر بدرهم واشترطا فيما بينهما على أن ينزل أحدهما في أقصى الحانوت والآخر في مقدمه، ولم يشترطا[(٣)] ذلك في أصل الإجارة فإن الإجارة جائزة ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك، أما الإجارة جائزة؛ لأنها خلت عن شروط تفسدها فإنه قال: (ولم يشترطا ذلك في أصل الإجارة)، ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك؛ لأن هذا مواضعة على المهايأة، ولكل واحد من الشريكين أن ينقض المهايأة، وإنما كان لكل واحد منهما أن ينقض [المهايأة، وذلك؛ لأن المهايأة قسمة المنفعة فتعتبر بقسمة العين وفي قسمة العين لكل واحد منهما أن ينقض][(٤)] القسمة قبل التمام، وإنها إذن أفرزا وعزلا للأنصباء فقيل[(٥)]: أن يتعين نصيب كل واحد منهما بالإقراع إذا أراد أحدهما نقض القسمة، كان له ذلك فلأن يكون لكل واحد منهما نقض القسمة قبل أن يتعين حق كل واحد منهما في المنفعة قبل وجودها [ولم ينفرز][(٦)] نصيب أحدهما عن الآخر أولى وأحرى.

ثم ذكر في الكتاب: أن الإجارة لا تفسد إذا لم يكونا شرطا في أصل الإجارة ولم يذكرانها.

وأما إذا اشترطا ذلك في أصل الإجارة هل تفسد الإجارة؟ قال مشايخنا: ولقائل أن يقول بأنه تفسد الإجارة، ولقائل أن يقول: لا تفسد الإجارة.

وجه الأول: وهو أنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد؛ لأن هذه مهايأة منهما

---

(١) في ح: ولم يوجد.
(٢) في ح: يوجد.
(٣) في ح: يشترط.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: فقبل.
(٦) سقط في ح.

وإذا تهايأ على هذا الوجه الذي شرطا وهو أن يسكن أحدهما في المقدم والآخر في المؤخر مما لا تقتضيه الإجارة؛ ألا ترى أن الآبي منهما لا يجبر على ذلك، ولأحدهما في هذا الشرط منفعة، وكل شرط لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة يوجب فساد العقد، وإليه أشار في الكتاب فإنه قال: (ولم يشترطا ذلك في الإجارة)، فمفهوم ما ذكر يقتضي أنه إذا شرط في العقد ما أوجب فساده.

وأما ما قال بأنه لا يفسد، ذهب في ذلك إلى أن هذا الشرط متى شرط في العقد يكون اشتراطًا على المالك، وإذا كان شرطًا على المالك صار كل واحد منهما مستأجرًا ما عين المالك فكأن الآجر قال: أجرت من هذا مقدم الحانوت ومن الآخر مؤخره بكذا، ولو نص على هذا كان جائزًا.

ومفهوم قول محمد - رحمه الله -: (ولم يشترطا ذلك في أصل العقد): أنهما متى شرطا ذلك لا يكون لكل واحد منهما أن يرجع؛ لأن كل واحد منهما مستأجر لما عينه المالك، ومتى لم يكن مشروطًا في العقد يكون مهايأة ولكل واحد منهما أن ينقض المهايأة.

إذا غصبت الدار المستأجرة من المستأجر، ثم تركها الغاصب وأراد المستأجر أن يمتنع [من التسلم فليس للمستأجر أن يمتنع][1] في باقي المدة، ولا للآجر أن يمتنع عن التسليم.

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله -: هذا إذا لم يكن في السنة وقت ترغب إلى الاستئجار لأجله، أما إذا كان ولم يسلم في ذلك الوقت فإن المستأجر يتخير، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

المستأجر[2] قدر الطبيخ بأن يطبخ فيها شيئًا معلومًا فطبخ في البيت وأخذ القدر بحجره مع ما فيه ليخرج إلى الدكان فانزلق رجله في الطين فوقع فانكسرت القدر

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: استأجر.

فعليه ضمان القدر، بمنزلة الحمال إذا انزلق رجله ووقع الحمل وانكسر.

وقيل: ينبغي ألا يجب الضمان في هذه الصورة قياسًا على ما إذا استأجرت المرأة ثوبًا لتلبسه فلبست وتخرق من لبسها، وقد مرت مسألة الثوب، وهو الصحيح.

استأجر رجلاً شهرًا معينًا ليعمل له عملاً معلومًا، فعمل له ذلك العمل شهرين هل يستحق الأجر في الشهر الثاني؟ يجب أن تكون المسألة على الخلاف المعروف في القصار والخياط إذا عمل من غير عقد، وقد كان انتصب بنفسه[١] لذلك.

إذا استأجر حمارًا أو بقرًا ليس له أن يبعث به إلى السرح، هكذا ذكر في الفتاوى.

وقيل: إن كان التعارف فيما بين الناس أن المستأجر يبعث ذلك إلى السرح فله أن يبعث، وما لا فلا.

وذكر الصدر الشهيد في فتاويه الصغرى أن للمستأجر أن يؤاجر أو يعير وأن يودع، والبعث إلى السرح إيداع فيملكه المستأجر.

رجل يقبل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى موضع باثني عشر درهمًا اليوم، فحمله في أكثر من ذلك لا يلزمه الأجر المسمى بل يجب أجر المثل، بمنزلة ما لو استأجر رجلاً ليخبز له عشر مخاتيم دقيق اليوم، هكذا ذكر في [الفتاوى، وهذا يجب ألا يكون على قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن على قوله][٢]: الإجارة وقعت فاسدة؛ لأنه جمع بين الوقت والعمل، وأما على قولهما: هذه الإجارة وقعت جائزة فيجب الأجر المسمى.

استأجر رجلاً ليذهب بحمولاته إلى موضع كذا بكذا، فلما سار نصف الطريق بدا للحمال أن يذهب وينزل[٣] الحمولة على المستأجر ثمة وطلب نصف الأجر.

قال: له ذلك إذا كان الباقي من الطريق مثل الأول في السهولة، هكذا ذكر في

---

(١) في ح: نفسه.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: يترك.

الفتاوى.

وقد ذكرنا في فصل الاستصناع أن العبرة في قسمة الأجر بقدر المراحل لا السهولة والصعوبة فيتأمل عند الفتوى.

رجل له أجيران يعملان له عمل الزراعة ببقوره، عين لأحدهما بقرين وللآخر بقرين، فاستعمل أحدهما غير ما عين له فهلك، ضمن المستعمل قيمته، وهل يضمن الآخر بالدفع؟

فقد قيل: لا يضمن؛ لأنه مودع في البقر وقد دفعه إلى من يقوم على الدواب، والأول أصح وإنه جواب ظاهر الرواية وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي.

سئل شمس الأئمة الحلواني- رحمه الله - عن من استأجر حمامًا في قرية معلومة فنفر الناس عنها ووقع الخلاف ومضت مدة الإجارة هل يلزم المستأجر الأجرة؟ قال: إن لم يستطع الرفق بالحمام فلا.

فأجاب ركن الإسلام علي السغدي - رحمه الله - بلا مطلقًا، فلو بقي بعض الناس وذهب البعض يجب الأجر، كذا أجابا.

وفي مجموع النوازل: استأجر من آخر طاحونة ببدل معلوم على أن عليه ما سمى من الأجر أيام جريان الماء وانقطاعه، وهذا الشرط يخالف مقتضى العقد؛ لأنه لا ينتفع بالرحى زمان انقطاع الماء، والأجرة بدل المنفعة، فيفسد به العقد.

وفي النوازل: سئل الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - عن طحان يسكن في الطاحونة فاشترى حجرًا من ماله واتخذ فيه حديدًا واستأجر كلها من ماله وانقضت المدة هل له أن يدفع ذلك؟

قال: إن كان فعل ذلك بإذن صاحب الطاحونة على أن يرجع في الغلة يرجع فيها، وإن كان بغير أمره، إن كان غير مركب فهو له، وإن كان مركبًا يدفع إليه قيمته، والله أعلم.

استأجر دارًا وبنى فيها حائطًا من تراب كان فيها بغير أمر صاحب الدار، ثم أراد

الخروج وأراد نقض الحائط هل له ذلك؟ ينظر: إن اتخذ من التراب لبنًا وبنى الحائط من اللبن فله ذلك وعليه قيمة التراب؛ لأن باتخاذ اللبن صار اللبن ملكًا له فله أن يأخذ [ملك نفسه][١]، وإن[٢] كان بنى الحائط من الطين له [بأجره[٣] رده بأشد][٤] فليس له أن ينقض الحائط؛ لأن بالنقض يعود على ملك المالك؛ لأنه يصير ترابًا[٥].

تم كتاب الإجارات.

* * *

(١) في ح: ملكًا له.
(٢) في ح: فإن.
(٣) في ح: تأخيره.
(٤) في المحيط البرهاني: يأخره بنايا شد.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٦٥٥).

كتاب الشفعة[1]

هذا الكتاب يشتمل على سبعة عشر فصلاً:

الأول: في بيان سبب وجوب الشفعة.

الثاني: في بيان مراتب الشفعة.

الثالث: في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب.

الرابع: في طلب الشفعة وما يتصل به دعوى الشفيع الشفعة وقضاء القاضي له فيها وبيان شرائطه وكتب المحضر في ذلك.

[الفصل][2] الخامس: في استحقاق الشفيع كل المشترى أو بعضه.

---

(١) الشفعة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشُّفعة: مأخوذة من الزيادة؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب؛ كأنه كان وترًا فصار شَفْعًا، والشافع: هو الجاعل الوتر شفعًا، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل. فهي لغة: الضم؛ يقال: شفعت الشيء؛ ضممته إلى غيره، ومناسبة هذا المعنى الشرعي: أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه. وقيل: من الشفع ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضمّ حصّة شريكه إلى حصّته، فيصيران شَفْعًا، وقد كانت حصته وترًا. وقيل: من الشفاعة؛ لأن الرجل في الجاهلية كان إذا أراد بيع داره أتاه شريكه، فشفع إليه فيما باع، فشفعه، وجعله أولى به من غيره، وهذا قول محمد بن قتيبة في «غريب الحديث» وفي المصباح: «شفعت الشيء شَفْعًا من باب نفع: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة، وهي مثال غرفة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، مثل اللُّقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى «التملُّك» لذلك الملك، ومنه قولهم: ممن ثبت له شفعة، فأخر الطلب بغير عُذْر، بطلت شفعته. ففي هذا المثال جمع بين المعنيين، فإن الأُولى للمال، والثانية للتملك».

ينظر: الصحاح (٣/ ١٢٣٨)، المغرب، ص (٢٥٣)، المصباح المنير (١/ ٤٨٥).

وعرفها الحنفية بأنها: ضمُّ ملك البائع إلى ملك الشفيع، وتثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به، رضي المتبايعان أو شرطا.

وعرفها المالكية بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.

وعرفها الشافعية بأنها: حقّ تملك قَهْرِي يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.

وعرفها الحنابلة بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصَّة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها.

ينظر: الاختيار (٢/ ٥٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٣٧)، فتح القدير (٩/ ٣٦٨)، المبسوط (١٤/ ٩٠)، منح الجليل (٣/ ٥٨٢)، الكافي (٢/ ٤١٦)، حاشية البجيرمي (٣/ ١٤٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٦)، الإنصاف (٦/ ٢٥٠).

(٢) سقط في ح.

[الفصل][(١)] السادس: فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشترى وترك الباقي.

[الفصل][(٢)] السابع: في الدار إذا بيعت ولها شفعاء.

[الفصل][(٣)] الثامن: في إنكار المشتري جوار الشفيع.

[الفصل][(٤)] التاسع: في تصرف المشتري في الدار المشفوعة.

[الفصل][(٥)] العاشر: في مسائل تسليم الشفعة.

[الفصل][(٦)] الحادي عشر: في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف ما أخبر به.

[الفصل][(٧)] الثاني عشر: فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته.

[الفصل][(٨)] الثالث عشر: في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة.

[الفصل][(٩)] الرابع عشر: في شفعة الصغير وما يتصل به.

[الفصل][(١٠)] الخامس عشر: في وجوه الحيل في هذا الباب.

[الفصل][(١١)] السادس عشر: في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن.

[الفصل][(١٢)] السابع عشر: في المتفرقات.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في ح.
(٧) سقط في ح.
(٨) سقط في ح.
(٩) سقط في ح.
(١٠) سقط في ح.
(١١) سقط في ح.
(١٢) سقط في ح.

[أما][(١)] الفصل الأول

عامة المشايخ يقولون: سبب وجوب الشفعة[(٢)] اتصال ملك الشفيع بملك [البائع

---

(١) سقط في أ.

(٢) قال الشيخ الإبياني: أسباب الشفعة: الشفعة لها سببان: سبب مشروعية، وسبب أخذ، فسبب مشروعيتها عند الحنفية: دفع الضرر الذي ربما يحصل للشفيع من المشتري، وعند الشافعية والمالكية: دفع مصاريف القسمة التي ربما تحصل بطلب المشتري.

ويستدل على مشروعية الشفعة من السنة، والإجماع.

ويستدل لمشروعية الشفعة من السنة النبوية بما يلي:

١- عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة). وفي رواية (أو ربع، أو حائط، أو بستان). والربع: المنزل، والحائط: البستان.

وقد دلّ الحديث دلالة واضحة على مشروعية الشفعة في ما يقسم بقضائه عليه الصلاة والسلام.

٢- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الجار أحق بسقبه» أو «بصقبه».

والوجه من الحديث: الحديث يدل دلالة واضحة على ثبوت الشفعة بسبب الجوار؛ لأنّ: السقب، أو الصقب: ما قرب من الدار.

وحكى ابن المنذر - رحمه الله - الإجماع على مشروعيتها فقال: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما يباع من أرض أو دور، أو حائط، ولم يعلم له مخالف إلا الأصم. فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأنّ في ذلك إضرارًا بأرباب الأملاك، فإنّ المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء. والصحيح: أنّ هذا القول لا عبرة به؛ لمخالفته الإجماع المنعقد قبله، ومخالفته للآثار الثابتة في هذا الأمر. وقد شرعت الشفعة؛ لدفع ضرر الدخيل الذي يأتي على الدوام، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة، في استعمال المرافق المشتركة، أو في استحداثها. ومنها أيضًا دفع ضرر مؤنه القسمة، ومن المعلوم أنه لا ضرر ولا ضرار، وهذه المعاني كلها متوقعة من الناس بسبب الشركة أو الخلطة في المنافع، وسبب الجوار عند الحنفية. وركن الشفعة عند الحنفية أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها، وشرطها. ويسمى العقار الذي يسبقه طلب الشفعة «المشفوع فيه»، والعقار الذي يتملك بالشفعة «المشفوع فيه»، ومستدعي العقار هو: المشفوع عليه، والمطالب بالشفعة: هو الشفيع. وسبب الشفعة: اتصال ملك الشفيع بالمشتري، بشركة أو جوار. والأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء المبتدأ. قال الحنفية: حكمها هو: جواز الطلب عند تحقق السبب، ولو بعد سنين ما لم يعلم بها.

صفة الشفعة: أنّ الأخذ بها بمنزلة شراء جائز، فيستحقها الشفيع بعد البيع، فيثبت بها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار الرؤية والعيب.

ينظر: الدر المختار (٥/ ١٥٢)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٩)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ١٧٨)، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (١/ ٣٧٥).

المبيع][(١)]؛ لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل ضرر سوء المعاملة والمعاشرة، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بملك المبيع، ولهذا قلنا: لما ثبت حق الشفعة للشريك في رقبة المبيع، يثبت للشريك في حق من حقوقه نحو الطريق والشرب، ويثبت للشريك في حد من حدوده وهو الجوار[(٢)].

فإن اتصال ملك الجارين بشركة في الحد إنما كان كذلك؛ لأن ضرر المشتري بسبب اتصال الملك موجود في هذه الوجوه إلا أنه يقدم الشريك في رقبة المبيع على الشريك في الحقوق والحد؛ لأن ضرر الشريك في عين البقعة أقوى من ضرر

---

(١) في ح: البيع.

(٢) يرى الحنفية أن الجوار سبب للشفعة، ولكنهم لم يأخذوا بالجوار على عمومه، بل اشترطوا لذلك أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من الحدود، سواء امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر، حتى لو لم يتجاوز. فالملاصق للمنزل والملاصق لأقصى الدار سواء في استحقاق الشفعة؛ لأن ملك كل حد منهم متصل بالبيع. أما الجار المحاذي، فلا شفعة له بالمجاورة سواء أكان أقرب بابا أم أبعد؛ لأن المعتبر في الشفعة هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر، وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذي، فإن بين الملكين طريقا نافذا. وقال شريح: الشفعة بالأبواب، فأقرب الأبواب إلى الدار أحق بالشفعة؛ لما ورد أن عائشة – رضي الله عنها – قالت: يا رسول الله، إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك بابا. ولا تثبت الشفعة أيضًا عند الحنفية للجار المقابل؛ لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر، ولا شركة بينهما في حقوق الملك. وحق الشفعة يثبت للجار الملاصق؛ ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق، وهذا في الجار الملاصق يتحقق لإمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى. ولا يتحقق ذلك في الجار المقابل؛ لعدم إمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما. ولكن تثبت الشفعة للجار المقابل إذا كانت الدور كلها في سكة غير نافذة، لإمكان جعل بعضها من مرافق البعض، بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة. ولا تثبت الشفعة إلا للجار المالك؛ فلا تثبت لجار السكنى، كالمستأجر والمستعير؛ لأن المقصود دفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، وجوار السكنى ليس بمستدام، وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام؛ باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه.

ينظر: المبسوط (١٤/ ٩٣، ٩٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٩١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٥)، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٤١)، الهداية مع فتح القدير (٩/ ٣٧٦).

الشريك[1] في حد من حدوده، ومن كتاب الشرع البداية: بدفع أقوى الضررين[2].

---

(١) اختلف الفقهاء في الشركة التي تكون محلًّا للشفعة على اتجاهين:
الأول: ذهب مالك في إحدى روايتيه، والشافعي في الأصح، والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن كل ما لا ينقسم- كالبئر، والحمام الصغير، والطريق- لا شفعة فيه؛ لأن إثبات الشفعة فيما لا ينقسم يضر بالبائع؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها.
الثاني: ذهب الحنفية، ومالك في الرواية الثانية، والشافعية في الصحيح، والحنابلة في رواية إلى أن الشفعة تجب في العقار، سواء قبل القسمة أم لم يقبلها.
واستدلوا على ذلك بعموم حديث جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم؛ ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر اللاحق بالشركة، فتجوز فيما لا ينقسم، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان، لم يكن دفع ضرر أحدهما بأولى من دفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي؛ إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه؛ فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعا.
وقالوا أيضا: إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة، فإذا كان الشارع مريدا لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقارات المقسومة، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة.
ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٦)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٧)، المبسوط (١٤/ ٩٣)، وحاشية الدسوقي على الكبير (٣/ ٤٧٦) وما بعدها، بلغة السالك (٢/ ٢٢٨)، الخرشي (٦/ ١٧٠)، نهاية المحتاج (٥/ ١٩٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٧)، الأم (٢/ ٤)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٤٦١)، منتهى الإرادات (١/ ٥٥٧)، المقنع (٢/ ٢٥٨).

(٢) ملاك الطبقات عند الحنفية متجاورون فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار. وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو، فعلى قول أبي يوسف بطلت الشفعة؛ لأن الاتصال بالجوار قد زال، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ. وعلى قول محمد تجب الشفعة؛ لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار، وحق القرار باق. وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كل إلى السكة، فبيع الأوسط تثبت الشفعة للأعلى والأسفل، وإن بيع الأسفل أو الأعلى، فالأوسط أولى، بما له من حق القرار؛ لأن حق التعلي يبقى على الدوام، وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار. ولو كان سفل بين رجلين عليه علو لأحدهما مشترك بينه وبين آخر، فباع هو السفل والعلو، كان العلو لشريكه في العلو، والسفل لشريكه في السفل؛ لأن كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه، وجار في حق الآخر، أو شريك في الحق إذا كان طريقهما واحدا. ولو كان السفل لرجل والعلو لآخر، فبيعت دار بجنبها، فالشفعة لهما.
ينظر: ابن عابدين (٥/ ١٤٣)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٤١)، والفتاوى الهندية (٥/ ١٦٤).

وكان الخصاف - رحمه الله - يقول: الشفعة تجب بالبيع[(١)] ثم تجب بالطلب، فهو إشارة إلى أن كليهما سبب على التعاقب وإنه غير صحيح؛ لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيًا بالطلب.

وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: الشفعة تجب بالبيع، وحق الأخذ يثبت بالطلب، والملك يثبت بالأخذ بقضاء أو رضى.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة؛ لأن حق الشفعة قد لا يثبت إلا بهما.

قال رحمه الله: فلا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب، فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح، ولو سلم بعد البيع يصح، ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع؛ لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب.

ألا ترى أن الإبراء عن تسليم الحقوق بعد وجود[(٢)] سبب الوجوب جائز، ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع، عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة.

والحاصل: أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة [المبيعة][(٣)] المشفوعة بالقضاء أو الرضى.

---

(١) قال الشيخ الإبياني: حق الأخذ بالشفعة لا يثبت للشفيع بمجرد إرادة البيع، بل لا بد لثبوته من حصول عقد البيع الموجب لخروج المبيع عن ملك البائع، سواء صدر العقد من نفس المالك أو من وكيله أو وليه أو وصيه، ولا بد من وجود السبب الذي خول للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة من ابتداء حصول البيع إلى أن يحكم القاضي له بالشفعة؛ لأنه سبب في الأخذ، والسبب إذا عدم قبل وجود المسبب لا يوجد، إلا إذا وجد له سبب آخر يترتب عليه وجوده. فالحق في الشفعة يثبت لكل من قام به سبب من أسبابها بمجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة.

(٢) في ح: وجوب.

(٣) سقط في ح.

الفصل الثاني
في بيان مراتب الشفعة

المذكور في عامة الكتب أن الشفعة عندنا تستحق على ثلاث مراتب:

أولًا: تستحق بالشركة في عين البقعة، ثم بالشركة في حقوق الملك من الطريق والشرب، ثم تستحق بالجوار(١).

---

(١) ذهب الحنفية إلى أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب بين الشفعاء، فيقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حق المبيع، ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار الملاصق؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من غيره»، ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح. فإن سلم الشريك وجبت للخليط. وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا، وهذا على ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره. فعلى ظاهر الرواية ليس للمتأخر حق إلا إذا سلم المتقدم، فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة؛ لأن السبب قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم. ولكن بشرط أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا يحق له بعد ذلك. والشافعية، والحنابلة لا يثبتون الشفعة إلا للشريك في الملك. أما المالكية فلا يتأتى التزاحم عندهم؛ لأنهم وإن وافقوهم في ذلك، إلا أنهم ذهبوا مذهبًا آخر، فجعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا ما كانوا في درجة واحدة، وذلك عندما يكون كل شريك أصلاً في الشركة لا خلفًا فيها عن غيره. أما إذا كان بعضهم خلفًا في الشركة عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء، وإنما يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار، ويظهر ذلك في الورثة، فإذا كانت دار بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين، وزوجتين، وشقيقتين، فباعت إحدى هؤلاء حظها من الدار، كانت الشفعة أولا لشريكتها في السهم دون بقية الورثة والشريك الأجنبي، فتكون الجدة – مثلا– أولى بما تبيع صاحبتها (وهي الجدة الأخرى) لاشتراكهما في السدس، وهكذا. وعند المالكية أيضًا: إن أعار شخص أرضه لقوم يبنون فيها أو يغرسون فيها ففعلوا، ثم باع أحدهم حظه من البناء أو الشجر، قدم الشخص المعير على شركاء البائع في أخذ الحظ المبيع بقيمة نقضه منقوضا، أو بثمنه الذي بيع به، فالخيار له عند ابن الحاجب، هذا في الإعارة المطلقة، وأما المقيدة بزمن معلوم ولم ينقض، فقال ابن رشد: إن باع أحدهم حظه قبل انقضاء أمد الإعارة على البقاء فلشريكه الشفعة، ولا مقال لرب الأرض إن باعه على البقاء، =

وصورته: منزل بين اثنين في سكة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل، فالشريك في المنزل أحق بالشفعة، فإن سلم فأهل السكة أحق بالشفعة، فإن سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: والجار الذي تجب به الشفعة عنده الجار الملاصق الذي داره لزيق الدار التي وقع فيها الشراء.

وهذه المسألة في الحاصل على وجهين: إما أن تكون الدار التي وقع فيها الشراء في سكة غير نافذة، وفي هذا الوجه: الشفعة للجار الملازق.

وإما أن تكون في سكة نافذة، وفي هذا الوجه: جميع أهل السكة شفعاء، الملازق والمقابل في ذلك على السواء.

قال محمد - رحمه الله -: وإن كان فناء متفرقًا عن الطريق الأعظم زائغًا عن الطريق، أو زقاقًا أو دارا غير نافذة فيه دور فبيعت دار منها، فأصحاب الدرب جميعًا شفعاء.

قال الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني - رحمه الله -: هذا إذا كان فناء مربعًا فأما

= وإن باعه على النقض قدم رب الأرض. فإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه، ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته مقلوعا، أو من الثمن الذي باعه به، فإن أبى فلشريكه الشفعة للضرر، إذ هو أصل الشفعة. وإذا كان المشتري شفيعا، فإنه يزاحم غيره من الشفعاء بقوة سببه ويزاحمونه كذلك بقوة السبب، ويقاسمهم ويقاسمونه إذا كانوا من درجة واحدة. فالمشتري الشفيع يقدم على من دونه في سبب الشفعة، ويقدم عليه من هو أعلى منه في السبب. وعلى هذا إذا تساوى المشتري مع الشفعاء في الرتبة فإنه يكون شفيعا مثلهم فيشاركهم، ولا يقدم أحدهم على الآخر بشيء، ويقسم العقار المشفوع فيه على قدر رؤوسهم عند الحنفية، وعلى قدر أملاكهم عند غيرهم، كما هو أصل كل منهم في تقسيم المشفوع فيه على الشفعاء، في حالة ما إذا كان المشتري أجنبيا.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٩٠)، المبسوط (١٤/ ٩٤- ٩٦)، تكملة فتح القدير (٩/ ٣٧٥)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٨- ٤٨٨)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٩، ٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٩) وما بعدها، العناية على الهداية (٩/ ٣٧٦)، شرح منح الجليل على مختصر خليل (٣/ ٦٠٢)، الخرشي (٦/ ١٧٧، ١٧٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٩٢) وما بعدها، مواهب الجليل (٥/ ٣١٨)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٥٢٥) وما بعدها، ومنتهى الإرادات (١/ ٥٣٠)، المقنع (٢/ ٢٦٤).

إذا كان الفناء مدورًا فالشفعة للجار الملازق، صورة الفناء المدور مدور، والمربع مربع.

وقيل: الشفعة عندنا تستحق على أربع مراتب، وبيان ذلك في مسألتين:

إحداهما: بيت في دار في سكة غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم فباع أحد صاحبي البيت نصيبه من البيت، فالشفعة أولًا للشريك في البيت فإن سلم فللشريك في الدار، فإن سلم فلأهل السكة، الكل في ذلك على السواء، فإن سلموا فالجار الملاصق، وهذا الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى.

ذكر المسألة في أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - فإن كان لهذه الدار التي هذا المنزل مبيع[1] فيها جيران متلازقون، فالذي هو ملازق هذا البيت المبيع والذي هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت المبيع في الشفعة على السواء، هذا التفريع في آخر شفعة الكافي.

المسألة الثانية: دار بين شريكين في سكة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه من الدار من إنسان فالشفعة أولًا للشريك في الدار، فإن سلم فللشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين، فإن سلم فلأهل السكة، الكل في ذلك على السواء، فإن سلموا فللجار الذي يكون ظهر هذه الدار إلى داره وباب تلك الدار في سكة أخرى، في أدب القاضي للخصاف - رحمه الله -.

ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق ألا يكون شريكًا في الأرض التي تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكًا فيه لا يكون مؤخرًا بل يكون مقدمًا؛ لأنه شريك وإن كان شريكًا في بعض المبيع.

وصورة ذلك: أن تكون أرضًا بين اثنين غير مقسوم، بنيا في وسطها حائطًا ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركًا بينهما، فكان هذا الجار شريكًا في بعض المبيع، وأما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط خطا خطًا في

(١) زاد في ح: المبيع.

وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئًا حتى بنيا حائطًا، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض، شريك في البناء لا غير، [والشركة في البناء لا غير][(١)] لا توجب الشفعة[(٢)]، في آخر شفعة شيخ الإسلام - رحمه الله -.

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه في باب الشفعة في الحيطان ومسيل الماء.

أن الشريك الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد - رحمه الله - وإحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - [فيكون مقدمًا على الجار في كل المبيع وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -][(٣)] يستحق الشفعة [في الحائط][(٤)] بحكم الشركة ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جار آخر بينهما.

وثمرة الخلاف تظهر في مسائل كثيرة، وفي كل موضع سلم الشريك بالشفعة، وإنما ثبت للجار حق الشفعة إذا كان الجار قد طلب الشفعة حين سمع البيع، أما إذا

---

(١) سقط في ح.

(٢) يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والحنابلة) أنه لا شفعة في البناء، والشجر إذا بيعا بلا عرصة. ولو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية، تجري الشفعة في الأشجار والأبنية أيضًا تبعًا للعرصة. أي: تثبت في البناء والشجر إذا بيعا مع ما حولهما من الأرض، فلو باع أشجارًا ومغارسها فقط فلا شفعة فيها. وقال المالكية: تثبت الشفعة في عقار - وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر - ولو كان العقار شجرًا أو بناءً مملوكًا. فالشفعة عندهم فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور، والأرضين، والنخل، والشجر، وما يتصل بذلك من بناء وثمرة، إذا كان قابلاً للقسمة، ولا شفعة فيما لا يقبل القسمة. فإذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها، كما نقل عن الإمام مالك.

ينظر: مجلة الأحكام العدلية مادة (١٠٢٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٢١، ٥/ ١٣٤، ١٦٣)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، الشرح الصغير (٣/ ٦٣٤)، وجواهر الإكليل (٢/ ١٥٨)، نهاية المحتاج (٥/ ١٦٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٦، ٢٩٧)، ومطالب أولي النهى (٤/ ١٠٨، ١٠٩).

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في أ، ح.

لم يطلب الشفعة حتى سلم الشريك الشفعة، فلا شفعة له.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أول شرح كتاب الشفعة وروايته في نوادر هشام، رواية عن محمد - رحمه الله - في عيون المسائل: دار كبيرة فيها مقاصير، فباع صاحب الدار منها مقصورة أو قطعة معلومة ففيهما الشفعة لجار الدار الكبيرة حتى كان جارًا من أي نواحيها؛ لأن المبيع من جملة الدار فجار الدار يكون جار المبيع فإن سلم الشفيع الشفعة، ثم باع المشتري ما اشترى لم تكن الشفعة إلا لجار ذلك القدر المبيع؛ لأن ذلك صار مقصودًا فخرج من أن يكون بعض الدار.

وكذلك لو اشترى رجل بيتًا من دار، والدار كلها لواحد فالشفعة لجار الدار وإن لم يكن جار ذلك البيت المشترى، وهذه المسألة قريبة من المسألة التي ذكرها محكيًّا عن المختصر الكافي.

ولو أن الشفيع سلم الشفعة ثم باع مشتري البيت ذلك البيت، فلا شفعة للشفيع الذي سلم الشفعة إن لم يكن جار ذلك البيت لما قلنا.

وفي الأصل في باب شفعة أهل الكفر: صاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء، إذا لم يكن موضع مسيل الماء ملكًا له.

وصورة هذا: إذا بيع دار، ولرجل فيها طريق، ولآخر فيها مسيل ماء فصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء؛ لأن الذي [له][1] فيه طريق شركة في المبيع ولا شركة لصاحب المسيل إذا لم يكن موضع المسيل ملكًا له.

دار بين ثلاثة نفر إلا موضع بئر أو طريق، فإن ذلك بين اثنين من هؤلاء الثلاثة، لا حق للثالث فيه، وباقي الدار بين الثلاثة باع الذي له شركة في الدار والبئر والطريق [نصيبه فالشفعة لشريكه الذي هو شريك في الدار والبير والطريق][2]، هكذا ذكر في أول شفعة الأصل.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: لا شك أن الذي هو شريك في البئر والطريق أحق بالشفعة في البئر والطريق والكل في حكم شيء واحد، فإذا صار أحدهما أحق بالبعض كان أحق بالجميع ويعرف عن هذه المسألة مسائل كثيرة، وعلى قياس مسألة الشركة في أرض الحائط الذي تقدم ذكرها يجب أن يكون في هذه المسألة روايتان عن أبي يوسف - رحمه الله -.

[وفي المنتقى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله -:](١) صاحب السفل أحق بشفعة العلو من الجار الملاصق(٢) إذا لم يكن بينهم شركة في الطريق.

وفي القدوري: أنهما استويا فيه.

وفي الأصل في باب شفعة أهل الكفر: أن صاحب العلو مع صاحب السفل إذا لم تكن طريق العلو في السفل بمنزلة جارين.

وفي شفعة الأصل أيضًا: اشترى بيتًا من دار علوه لآخر وسفله لآخر وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى، وإنما الشفعة للذي في داره الطريق، هذا إذا لم يكن مفتح العلو إلى الدار بأن كان خارج الدار، وأما إذا كان مفتح العلو إلى الدار فصاحب العلو وغيره في الشفعة سواء بسبب الشركة.

وفي الزيادات: سفل لرجل وفوقه علو لآخر باع صاحب السفل سفله فلصاحب العلو الشفعة، وإن باع صاحب العلو علوه فلصاحب السفل الشفعة، فبعد ذلك إن كان طريق العلو في السفل، كان حق الشفعة بسبب الشركة في الطريق، فإن كان طريق العلو في السكة العظمى كان حق الشفعة بسبب الجوار؛ إذ الجوار إنما يعرف بالاتصال والاتصال بين الملكين ثابت، فإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: بطلت الشفعة، خلافًا لمحمد - رحمه الله -.

---

(١) سقط في ح.
(٢) زاد في ح: به.

وجه قول أبي يوسف: أن الشفعة هاهنا إنما تثبت بالجوار، والجوار إنما يعرف بالاتصال وقد زال الاتصال مثل الأخذ بالشفعة فزال الجوار فتبطل شفعته كما لو باع الدار التي تستحق بها الشفعة قبل الأخذ بالشفعة.

[وجه قول محمد - رحمه الله -: أن استحقاق الأخذ بالشفعة][(١)] هاهنا بسبب قرار البناء لا بسبب عين البناء؛ لأن البناء منقول والشفعة لا تستحق بالمنقول، وحق القرار هاهنا باق فما يستحق به الشفعة باق ولو بيع السفل والعلو منهدم فعلى قول أبي يوسف: لا شفعة لصاحب العلو بناء على أن عنده حق الشفعة بسبب البناء.

وعلى قول محمد: تجب الشفعة؛ لأن عنده حق الشفعة ليس بسبب البناء بل بقرار العلو، وحق قرار العلو باق.

وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كل بيت منها إلى السكة فبيع الأوسط، كان للأعلى والأسفل جميعًا الشفعة، وإن بيع الأعلى فالأوسط أولى بالشفعة، وإن بيع الأسفل فكذلك الأوسط أولى بالشفعة.

وفيه أيضًا: دار فيها ثلاثة أبيات ولها ساحة، والساحة بين ثلاثة نفر وبيوت بين اثنين منهم، فباع أحد مالكي البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه [في البيوت والساحة فلا شفعة لشريكهما في الساحة][(٢)] على نحو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في المسألة التي تقدم ذكرها.

وفيه أيضًا: حائط بين داري رجلين والحائط بينهما فصاحب الشريك في الحائط أولى بالحائط من الجار، وهما سواء [في][(٣)] بقية الدار يأخذ أيهما يريد بهذا إذا لم يكن الحائط من الأرض مشتركًا بينهما.

وكذلك البيت من الدار بين رجلين بغير طريق باع صاحب الدار الدار، فالشريك

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ.

في البيت أولى بالبيت، وهو مع الجار سواء في بقية الدار.

درب غير نافذ فيه دور لقوم، باع رجل من أرباب تلك الدور بيتًا شارعًا في السكة العظمى، ولم يبع طريقه في الدرب على أن يفتح مشتري البيت بابا إلى الطريق الأعظم، فلأصحاب الدرب الشفعة لشركتهم في الطريق وقت البيع، فإن سلموا ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لأهل الدرب؛ لانعدام شركتهم في الطريق وقت البيع الثاني فتكون الشفعة للجار الملازق، وهو صاحب الدار.

وكذلك إذا باع قطعة من الدار بغير طريق في الدرب، هذه الجملة في شفعة الكافي في باب الشفعة في البناء.

درب غير نافذ في أقصاه مسجد [في](١) خطة وباب المسجد في الدرب، وظهر المسجد أو جانبه الآخر إلى الطريق الأعظم، فهذا درب نافذ لو بيع فيه دار، فلا شفعة إلا للجار ولدار المسجد(٢) الخطة المسجد الذي اختطه الإمام حين قسم بين الغانمين، وهذا؛ لأن المسجد إذا كان خطة ظهره إلى الطريق [الأعظم وليس حول المسجد سكة تحول بينه وبين الطريق](٣) الأعظم، وهذا الدرب بمنزلة درب نافذ ولو كان حول المسجد دور تحول بينه وبين الطريق الأعظم كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة؛ لأن هذا الدرب لا يكون نافذًا، ولو لم يكن المسجد مسجد خطة في الأقصى، ولكنه كان في أول السكة فإن [كان](٤) من أول السكة إلى موضع المسجد نافذًا لا يثبت فيها الشفعة إلا للجار الملاصق، وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى كان لأهل تلك السكة كلهم الشفعة، ولو لم يكن المسجد مسجد خطة بأن اشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارًا في أقصى الدرب، ظهرها إلى الطريق الأعظم وجعلوها مسجدًا، وجعلوا في الدرب بابه ولم يجعلوا له إلى الطريق الأعظم بابًا، أو

---

(١) سقط في ح.
(٢) في أ: بمسجد.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ.

جعلوا ثم باع رجل من أهل [الدرب][١] داره فلأهل الدرب الشفعة بالشركة.

سكة أو درب غير نافذ في أقصاها دار وباب هذه الدار في الدرب أو في السكة، ولهذه الدار باب آخر يخرج منها إلى الطريق الأعظم، فإن كان هذا الطريق للعامة ليس لأهل الدرب أن يمنعوهم، فهذه سكة نافذة لو بيع فيها لا يجب فيها الشفعة إلا بالجوار، وإن كان طريقًا لأهل الدرب والسكة خاصة بأن أحدثوه، فلهم منع العامة، فأهل الدرب شفعاء بالشركة في الطريق؛ لأن الدرب حينئذ غير نافذ من حيث المعنى.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح هذا الكتاب: فعلى هذا سكتنا وسائر السكك إن كان نفاذها خطة فلا شفعة فيها إلا بحكم الجوار فإن كانوا أحدثوا النفاذ فالشفعة للكل.

وأما الرقيقات[٢] التي ظهرها واد لا يخلو من وجهين:

إن كان موضع الوادي مملوكًا في الأصل وأحدثوا الوادي فهذا والمسجد الذي أحدثوه في أقصى السكة سواء.

وإن كان في الأصل واديًا كذلك [فهو][٣] ومسجد الخطة سواء، هكذا حكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - وكان يقول: الرقيقات التي على ظهرها واد ببخارى إذا بيع في رقيقة منها دار فأهل الرقيقة كلهم شفعاء [ولا يجعل ذلك كالطريق النافذ][٤] فكأنه عرف أنه مملوك.

وكان شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يجعل حكم هذه الرقيقات حكم السكك النافذة.

وقيل: يجوز أن تقاس السكك التي في أقصى الوادي ببخارى على ما تقدم،

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في ح: الرفيقان.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ.

ويبنى أمر الشفعة على النفاذ الحادث وعلى نفاذ الخطة.

في المنتقى: هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - في أرض بين قوم اقتسموها وأفرز كل واحد حصته، ورفعوا الطريق بينهم وجعلوه نافذًا وبنوا دورًا على حافتي السكة، وجعلوا أبوابها إليها فباع بعضهم داره فالشفعة للكل؛ لأن هذه السكة وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة، فإن شاؤوا سدوها.

سكة غير نافذة فيها عطف مدور، يريد بالعطف الذي يقال [له][1] بالفارسية: (حم كرد) وصورة العطف المدور وفي العطف منازل فباع رجل منزلًا [في][2] أعلى السكة أو أسفلها، أو في العطف، فالشفعة لجميع الشركاء، وإن كان العطف مربعًا بأن تكون السكة ممدودة في كل جانب منها رقيقة، [وفي السكة دور][3] وفي الرقيقتين صورته فباع رجل في العطف منزلًا فالشفعة لأصحاب العطف دون أصحاب السكة، ولو باع رجل في السكة دارا كانوا جميعًا شفعاء، وهو نظير سكة عظمى غير نافذة فيها سكة صغرى [إذا بيع في السكة الصغرى دار فالشفعة لأهل السكة الصغرى خاصة][4] إذا بيع في السكة العظمى دارا فالشفعة لأهل السكتين.

فالحاصل: أن العطف المدور لا تصير السكة في حكم السكتين ألا [ترى أن هيئة المدور في هذا العطف لا تتغير كما في سكة دهقان أما العطف المربع يصير في حكم سكة أخرى ألا][5] ترى أن هيئة المدور في هذا العطف تتغير فتصير بمنزلة سكة في سكة، في آخر شفعة الكافي.

وعلى هذا نهر خاص انتزع منه نهر آخر فباع رجل أرضًا على النهر المنتزع، تكون

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) سقط في ح.

الشفعة لأهل المنتزع (جنانك أقذف) انتزع منه[١] نهر.

وفي المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - في درب فيه زائفة مستديرة بجميع الدرب بيعت دار في هذه الزائفة التي عليها الدرب فهم شركاء في الشفعة.

وإذا كان درب مستطيل فيه زائفة ليست على ما وصفت لك ولكنها تشبه السكة فأهل تلك الزائفة شركاء في دورهم، ولا يشركهم أهل الدرب [في الشفعة][٢].

وفي نوادر هشام، قال: أبو يوسف - رحمه الله - المدورة والمربعة والمستطيلة سواء، وإذا بيع دار في الزائفة فلهم ولأهل السكة فيه شفعة لاشتراكهم في طريق السكة.

في شفعة أبي الليث - رحمه الله -: دار بيعت ولها بابان في زقاقين غير نافذين، فإن كانت في الأصل دارين باب إحداهما في زقاق والأخرى في زقاق آخر، واشتراهما رجل ورفع الحائط بينهما حتى صارت كلها دارًا واحدة كان لأهل كل زقاق أن يأخذ الجانب الذي يليه، وإن كانت في الأصل دارًا واحدة ولها بابان فالشفعة لأهل الزقاقين في جميع الدار بالسوية؛ لأن الدار لما كانت واحدة في الأصل، كان الجوار بكل[٣] الدار ثابت[٤] لأهل الزقاقين والعبرة للأصل دون العارض.

ونظير هذا الزقاق إذا كان في أسفلها زقاق آخر إلى جانب [آخر][٥] فرفع الحائط بينهما حتى صار الكل سكة واحدة، كان لأهل كل زقاق شفعة في الزقاق الذي لهم خاصة، ولا شفعة لهم في الجانب الآخر، وفي مثل هذا ينظر إلى الأصل.

(١) في أ: من.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) في ح: لكل.
(٤) في أ: ثابتة.
(٥) سقط في أ، ح.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: والشريك في الفناء[١] أحق من الجار، قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: فإن كان المراد فناء[٢] مملوكًا لهم [ملكًا][٣] خاصًا فهذا ظاهر، وإن كان المراد فناء غير مملوك فوجهه أنهم أحق بالانتفاع بذلك، ولهم أن يمنعوا غيرهم عن الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة.

في الشفعة للحسن بن زياد - رحمه الله - قوم ورثوا دارًا فيها منازل فاقتسموها وأصاب كل واحد منهم منزلًا، فرفعوا ما بينهم الطريق فباع بعض من صار له منزل منزله وسلم الذين لهم المنازل في الدار المشفعة، كان للجار الشفعة إذا كان لزيق المنزل الذي بيع وإن كان لزيق الطريق الذي بينهم، وليس بلزيق المنزل، كان له أن يأخذ المنزل وطريقه بالشفعة، وإن لم يكن لزيق المنزل ولا لزيق الطريق الذي بينهم، وكان لزيق منزل آخر من الدار، فلا شفعة فهذه المسألة[٤] دليل على أن الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع أيضًا.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: الشركاء في النهر الصغير كل من كان له شرب أحق من الجار الملازق، وإن كان النهر كبيرًا تجري فيه السفن فالشفعة للجار الملازق في باب [الشفعة في][٥] الأرضين من شفعة الكافي.

قال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني: أراد بالسفن هاهنا السماريات التي هي أصغر السفن.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة [السرخسي][٦] - رحمه الله -: أن المذهب

---

(١) في ح: البناء.
(٢) في ح: بناء.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ح: السكة.
(٥) في ح: شفعة.
(٦) سقط في ح.

عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن النهر الكبير الذي يجري فيه السفن [من الأنهار][(١)] [كدجلة والفرات فكل ما يجري فيه السفن من الأنهار][(٢)] يكون في معنى دجلة[(٣)] والفرات و[ما][(٤)] لا يجري فيه السفن يكون في حكم النهر الصغير.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -: أن المشايخ اختلفوا في حد النهر الكبير والصغير، بعضهم قالوا: النهر الكبير ما يتفرق ماؤه بين الشركاء وله منفذ إلى المفاوز التي هي لجماعة المسلمين، والنهر الصغير ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، ولا يكون له منفذ وعليه المشايخ على أن الشركاء على النهر [إذا كانوا][(٥)] لا يحصون[(٦)] فهذا نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهذا نهر صغير.

لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة، وبعضهم قدر ما لا يحصى بمائة، وبعضهم قدره[(٧)] بأربعين. وبعضهم قدره[(٨)] بعشرة.

وبعض مشايخنا قالوا: أصح ما قيل فيه: ألأنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن [رآه كبيرًا كان كبيرًا][(٩)] وإن رآه[(١٠)] قليلاً كان قليلاً.

ثم إن عامة المشايخ فرقوا بين النهر والسكة حيث جعلوا الشركة في النهر إذا كان بين أقوام يحصون خاصة وإن كان للنهر منفذ إلى المفاوز هي لجماعة المسلمين،

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: الدجلة.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في أ، ح.
(٦) في ح: يختصون.
(٧) في ح: قدر ما لا يحصى.
(٨) في ح: قدر ما لا يحصى.
(٩) في ح: رآهم كثيرا كانوا كثير.
(١٠) في ح: رآهم.

ولم يجعلوا الشركة في الطريق الذي له منفذ إلى الطريق[١] العامة شركة خاصة، وإن كان أهل السكة مما يحصون.

نهر خاص لرجل في أرض رجل وعليه رحا ماء لصاحب النهر، باع صاحب النهر النهر مع الرحى [فلجار النهر أن يأخذ النهر مع الرحى][٢] بالشفعة وإن لم يكن له اتصال بالرحى؛ لأن الرحى مع النهر كشيء واحد؛ إذ الانتفاع بالرحى بدون النهر لا يمكن، فجار النهر يكون جار الرحى، قال: وجميع جيران النهر في الشفعة في النهر والرحى على السواء، [ولا يختص][٣] الملازق [للرحى][٤] بالرحى، ذكره شيخ الإسلام في شرحه.

قراح في وسطه ساقية جارية منها يشرب[٥] هذا القراح من الجانبين كان لشفيع هذا القراح من أي جانب كان حق الشفعة في كل القراح [و][٦] لا تكون الساقية مما يليه. في باب الاستحقاق بالشفعة[٧] في شرح القدوري.

ذكر شيخ الإسلام في باب شفعة الأرضين: نهر خاص لرجل عليه أرض ولآخرين عليه أرض، باع صاحب النهر [النهر][٨] خاصة فهم شركاء في الشفعة، وإن باع النهر والأرض جميعًا كانوا جميعًا شفعاء في النهر، وكان الذي هو ملازق الأرض أولاهم بالشفعة في الأرض. والله أعلم.

* * *

(١) في ح: طريق.
(٢) سقط في ح.
(٣) في أ: ويختص.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) في أ، ح: شرب.
(٦) سقط في ح.
(٧) في ح: الشفعة.
(٨) سقط في ح.

الفصل الثالث

في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال أصحابنا - رحمهم الله -: الشفعة لا تجب في المنقولات مقصودًا وإنما تجب تبعًا للعقار على ما يأتي بيانه في آخر هذا الفصل، وإنما تجب مقصودًا في العقارات كالدار والكرم وغيرهما من الأراضي مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل كالحمام والرحى والبئر وغير ذلك.

وإنما تجب في الأراضي التي يملك رقابها حتى إن الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال وتدفع إلى الناس مزارعة فصار لهم فيها [كراء دار كالبناء][1] والأشجار [والكبس][2] إذا كبسوها[3] بتراب نقلوها[4] من موضع يملكونها[5]، فإن بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل.

الأراضي المتبادلة إذا كانت الأكرة يزرعونها فبيعها لا يجوز، وبيع الكاري دار إذا كان معلومًا يجوز، ولكن لا شفعة فيها، في أدب القاضي للخصاف في باب الشفعة، وإنما يجب بحق الملك حتى لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف[6] ولا يأخذها المولى في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - وكذلك إذا كانت

---

(١) في أ، ح: كالدار والبناء.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) في أ: ألبتوا.

(٤) في أ، ح: يقلعونها.

(٥) في ح: يملكونها.

(٦) لا شفعة للوقف، لا بشركة، ولا بجوار؛ فإذا بيع عقار مجاور لوقف، أو كان المبيع بعضه ملك، وبعضه وقف، وبيع الملك فلا شفعة للوقف، لا لقيمه، ولا للموقوف عليه.

وقال الشيخ الإبياني: الأرض الموقوفة لا تكون سببًا في الأخذ بالشفعة؛ لأن سبب الأخذ اتصال ملك الشفيع، وأعيان الوقف ليست مملوكة لأحد، وحينئذ فلا شفعة للناظر؛ لأنه ليس بمالك، ولا للمستحقين؛ لأنهم يستحقون المنفعة ولا يملكون الرقبة.

ولكن يؤخذ بالشفعة إذا بيع بمسوغ شرعي بأن شرط الواقف استبداله واستبدل بدون أن يحصل في بيع العين الموقوفة غبن فاحش، أو كانت أعيان الوقف خربة لا يفي إيرادها بمصاريفها، أو كان الوقف عامرًا، وكان في الاستبدال منفعة محققة للوقف على رأي =

هذه الدار وقفًا على رجل لا يكون للموقوف عليه [الشفعة][(١)] بسبب هذه الدار لما قلنا.

في فتاوى أهل سمرقند قال: وإنما يجب إذا ملك العقار بعوض هو عين مال، وإذا ملك بغير عوض [أصلاً بأن ملك بالهبة بغير عوض][(٢)] أو بالإرث أو بالصدقة فلا شفعة[(٣)]، وكذلك إذا ملك [العقار][(٤)] بعوض ليس هو بعين مال، كما إذا جعل

= من يقول بجواز بيعه إذا تحققت المنفعة، وأما إذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال بأن كان مسجدًا فلا يؤخذ بالشفعة؛ لعدم صحة البيع، ولعل قول بعض العلماء لا شفعة في الوقف مبني على ما ذكر من عدم جواز بيعه، وبهذا يتضح جليًّا أن قولهم لا شفعة في الوقف ولا له ليس على إطلاقه.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٠٣)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٣)، الخرشي (٦/ ١٦٣)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٧)، فتح العزيز (١١/ ٣٩٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٤١).

(١) سقط في أ، ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) اتفق الفقهاء على أن التصرف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة، وهو البيع وما في معناه. فلا تثبت الشفعة في الهبة، والصدقة، والميراث، والوصية؛ لأن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك، فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الأخذ بالشفعة.

وحكي عن مالك في رواية: أن الشفعة تثبت في كل ملك انتقل بعوض، أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب، والصدقة، ما عدا الميراث، فإنه لا شفعة فيه باتفاق. ووجه هذه الرواية أنها اعتبرت الضرر فقط.

واختلف الفقهاء في المهر، وأرش الجنايات، والصلح، وبدل الخلع، وما في معناها، فذهب الحنفية، والحنابلة في رواية صححها المرداوي إلى عدم ثبوت الشفعة في هذه الأموال؛ لأن النص ورد في البيع فقط، وليست هذه التصرفات بمعنى البيع؛ ولاستحالة أن يتملك الشفيع بمثل ما تملك به هؤلاء.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، في رواية أخرى إلى ثبوت الشفعة في هذه التصرفات قياسًا على البيع بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر، ثم نص الحنابلة على أن الصحيح عندهم أنه إذا ثبتت الشفعة في هذه الحال فيأخذه الشفيع بقيمته، وفي قول: بقيمة مقابله.

وذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية) إلى أنه إذا كانت الهبة بشرط العوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة؛ لوجود معنى المعاوضة عند التقابض عند الحنفية، ورأي للشافعية، وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد، وهو الأظهر عند الشافعية.

ينظر: الهداية مع الفتح (٩/ ٣٧٩، ٣٨١، ٤٠٥)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢، ٢٥٣)، =

الدار مهرًا في النكاح، أو أجرة في باب الإجارة، أو بدل خلع، أو صلح عن دم العمد فلا شفعة؛ وهذا؛ لأن حق الشفعة ثبت بخلاف القياس؛ لأن الآخذ بالشفعة يملك مال الغير بغير رضاه عرف بالنص في البيع والملك بالبيع بعوض، [وهو عين مال؛ فما وقع الملك فيه بغير عوض أو بعوض ليس][١] هو عين مال يبقى على أصل القياس.

وإذا تزوج امرأة بغير مهر وفرض لها داره مهرًا، أو قال لها: صالحتك على أن أجعلها لك مهرًا، أو قال: أعطيتك هذه الدار مهرًا، فلا شفعه للشفيع فيها في الفصول كلها.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال لها: صالحتك من مهرك على هذه الدار، أو قال: مما وجب لك من المهر، [حيث يجب للشفيع فيها الشفعة][٢].

والفرق: أن في الفصول الثلاث جعل الدار مهرًا ابتداء أو بدلًا عن المهر، فإنه قال: فرضتك داري هذه مهرًا، [جعلتك داري هذه مهرًا][٣]، ولم يقل: جعلتك [داري][٤] بدلًا عن مهرك.

وقد أمكن أن يجعل الدار مهرًا مبتدأ؛ لأنه لم يكن في النكاح تسمية وإنما وجدت التسمية الآن، فإذا صار الدار مهرًا مبتدأ يكون بدلًا عن البضع وإنه ليس بعين مال، فلا تجب فيه الشفعة كما لو تزوجها ابتداء على الدار.

= حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣١، ٢٣٦)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٦٩٦، ٢٦٩٨، ٢٦٩٩)، والمبسوط (١٤/ ١٤١، ١٤٥)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٥)، وحاشية الدسوقي على الكبير (٣/ ٤٧٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٩٩)، وفتح العزيز (١١/ ٤٢٥)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٤٦٧)، ومنتهى الإرادات (١/ ٥٢٧)، والمقنع (٢/ ٢٥٨)، وتصحيح الفروع (٤/ ٥٣٦، ٥٣٧).

(٤) سقط في أ، ح.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

أما في الفصلين جعل الدار بدلا عن المهر نصًّا والمهر عين مال فصارت الدار مملوكة بما هو عين مال فيجب الشفعة فيها للشفيع.

وكذلك لو تزوجها على غير مهر، وفرض القاضي لها مهرًا ثم باعها بذلك المفروض[(١)] دارا تجب للشفيع فيها الشفعة؛ لأن الدار في هذا الفصل بدل عن المهر لا عن منافع البضع.

وفي الفتاوى: رجل تزوج امرأة، ولم يسم لها مهرًا ثم دفع إليها دارًا، فهذا على وجهين: إن كان الزوج قال: جعلتها مهرك فلا شفعة فيها؛ لأن هذا تعين[(٢)] لمهر المثل ولا شفعة في المهور.

وإن قال: جعلتها المهر، ففيها الشفعة؛ لأن هذا عوض عن مهر المثل فكانت مبيعًا.

وإذا ملكت الدار بدلًا عما هو عين مال وما ليس بمال، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: لا شفعة للشفيع أصلاً.

وعلى قولهما: تجب الشفعة في حصة المال من الدراهم.

صورته: إذ تزوج على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم، أو صالح امرأته عن القصاص على دار على أن يرد صاحب الدم عليه ألف درهم، أو خالع امرأته على دار على أن يرد الزوج عليها ألف درهم.

وإذا وهب دارًا من إنسان بشرط أن يعوضه منها كذا وكذا فهو باطل ولا شفعة فيها للشفيع ما لم يتقابضا وبعد ما تقابضا ففيها[(٣)] الشفعة، وهذا لما عرف في كتاب الهبة: أن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء وتصير تبعًا بعد اتصال القبض بالبدلين فقبل اتصال القبض بالبدلين هي هبة ولا[(٤)] شفعة في الهبة وبعد قبض البدلين هو بيع وفي

---

(١) في ح: القرض.
(٢) في ح: تعيين.
(٣) في أ: ففيهما.
(٤) في ح: فلا.

البيع الشفعة.

وإذا وهب شقصًا مسمى في دار غير محوز ولا مقسوم على أن يعوضه كذا وكذا، فهو باطل ولا شفعة للشفيع؛ فيه لما ذكرنا: أن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة ابتداء، والهبة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز فانعقدت الهبة بصفة الفساد في الابتداء والتمام بناء على الابتداء فيكون التمام بيعًا فاسدًا.

والجواب في الصدقة والنحلى والعمرى والعطية نظير الجواب في الهبة؛ لأن هذه الألفاظ ألفاظ الهبة والعقد لا يختلف باختلاف الألفاظ.

وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له [ثم مات الموصي فإنه يجب [فيه][(١)] الشفعة وإن لم يقبضها][(٢)] الموصى له بخلاف الهبة، ثم قال في الكتاب [إذا قال:][(٣)] أوصيت بداري بيعًا لفلان بألف درهم ومات [الموصي][(٤)] فقال الموصى له: قبلت، ثبتت للشفيع الشفعة، وإن قال: أوصيت أن توهب له على عوض ألف درهم فهو مثل الهبة بشرط العوض بنفسه، وإذا ادعى حقًّا على إنسان وصالحه المدعى قبله على دار، فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة سواء كان الصلح عن إنكار أو عن إقرار؛ لأن التملك بالشفعة يقع على المدعي، وفي زعم المدعي أنه ملك [هذه][(٥)] الدار عوضًا عما هو عين مال فبني[(٦)] الأمر على زعمه.

وبمثله لو ادعى دارًا في يدي رجل وصالحه المدعى قبله، على أن يعطيه المدعى قبله دراهم وترك الدار على المدعى قبله ينظر: إن كان الصلح عن إقرار المدعى قبله فللشفيع الشفعة، وإن كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع؛ لأن التملك بالشفعة

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، ح: فينبني.

هاهنا يقع على المدعى قبله، فإذا كان الصلح قبله على إقراره ففي زعمه أنه يملك الدار بعوض هو عين مال، وإذا كان الصلح عن إنكار ففي زعمه أنه لا يملك الدار بعوض، إنما دفع الدراهم فداء عن اليمين.

فإذًا في الفصول كلها يعتبر زعم من يقع التمليك(١) عليه.

وإذا اشترى دارًا على أن المشتري فيها بالخيار ثلاثة أيام فللشفيع الشفعة(٢) في قولهم جميعًا(٣).

وإن لم تصر الدار مملوكة للمشتري، عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن حق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت حق المشتري، ألا ترى أن للشفيع أن يتملك على البائع ولا يتملك على المشتري فيراعي زوال ملك البائع، [وملك البائع زال](٤) بالإجماع.

وعن هذا قلنا: إن من أقر ببيع داره من رجل، وأنكر المشتري كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة.

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - لا شفعة للشفيع مع شرط الخيار [للمشتري](٥).

---

(١) في ح: التملك.
(٢) في ح: بالشفعة.
(٣) قال الشيخ الإبياني: إذا باع شخص بيته وشرط لنفسه الخيار، فلا تثبت الشفعة ما دام الخيار موجودًا؛ لعدم خروج البيت عن ملك البائع بسبب خياره، وهي إنما تثبت بعد البيع الموجب لنقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري؛ لأن ثبوتها يوجب إبطال ملكه وذلك غير جائز، ولكن لو سقط خياره بأن مضت مدة الخيار ولم يفسخ العقد أو وجد منه في أثنائها ما يدل على سقوط خياره تثبت الشفعة إذا طلبها الشفيع عند حصول البيع، وقال بعضهم: يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار؛ لأن البيع يصير سببًا لزوال الملك عند ذلك، وهي إنما تثبت للشفيع بعد زوال الملك عن البائع، وحينئذ يكون طلبه الشفعة قد جاء في وقت استحقاقه لها فيكون حاصلاً في أوانه.
(٤) في ح: زوال.
(٥) سقط في ح.

وفي القدوري: أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت حق الشفعة فلا[(١)] يمنع زوال ملك البائع وإن كان المشتري شرط الخيار لنفسه شهرًا، أو ما أشبه ذلك، ولا شفعة للشفيع عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الشراء بشرط الخيار زيادة على ثلاثة أيام فاسد عنده، ولا شفعة في الشراء الفاسد على ما تبين.

وإن أبطل المشتري خياره قبل مضي ثلاثة أيام حتى انقلب البيع صحيحًا وجب للشفيع الشفعة، وإن كان الخيار لهما - يعني: البائع والمشتري - فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري.

وفي شفعة الكافي في باب الخيار في الشفعة: إذا اشترى دارًا بشرط الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب الدار المشتراة، كان للمشتري الشفعة بالاتفاق، وإن كان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملك المشتري.

ولا شفعة في الشراء الفاسد سواء كان المشترى مما يملك بالقبض أو لا يملك، وسواء كان المشتري قبض المشترى أو لم يقبض، [أما قبل القبض فيبقى][(٢)] ملك البائع، وإن قبض فيبقى حقه في الاسترداد، وهذا إذا وقع البيع فاسدًا، أما إذا فسد بعد انعقاده صحيحًا فحق الشفيع يبقى على حاله؛ ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني دارًا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإن البيع يفسد على ما عرف في كتاب البيوع، وللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة وإن فسد البيع؛ لأنه إنما فسد بعد وقوعه صحيحًا.

وإن[(٣)] كان المشتري قبض الدار المشتراة شراء فاسدًا وبيعت دار أخرى بجنب هذه الدار، فله الشفعة؛ لأن له جوارًا قائمًا بحقيقة الملك من وقت الشراء، وإن لم يأخذ الدار الثانية بالشفعة حتى [إذا][(٤)] استرد البائع منه ما اشترى لم يكن للمشتري

---

(١) في ح: لأنه لا.
(٢) في أ: فيبقى، وسقط في ح.
(٣) في ح: وإذا.
(٤) سقط في ح.

أن يأخذها بالشفعة؛ لأن جواره[(١)] زال قبل الأخذ، وكذا لا يكون للبائع أن يأخذها؛ لأن جواره حادث، وإن[(٢)] كان المشتري أخذ الدار بالشفعة ثم استرد البائع منه ما اشترى فالأخذ ماض.

وإذا اشترى دارًا شراء فاسدًا وبنى فيها بناء أو غرس فيها أشجارًا فللشفيع أن يأخذها [بالشفعة][(٣)] بقيمة الدار، هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا شفعة [للشفيع وهذا بناء][(٤)] على أصل مختلف معروف في كتاب البيوع: أن حق البائع في الاسترداد ينقطع بالبناء عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما: لا ينقطع.

وإذا[(٥)] انقطع حق البائع [في البناء][(٦)] عند أبي حنيفة زال المانع من وجوب الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع.

قال في القدوري: فإن باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدًا بيعًا صحيحًا من رجل لم يكن للبايع نقض البيع والشفيع بالجوار إن شاء [نقض البيع الثاني و][(٧)] أخذ بالبيع الأول بقيمته، وإن شاء أخذ [بالبيع الثاني][(٨)] بالثمن المذكور فيه؛ لأنه اجتمع سببان فكان له أن يأخذ بأيهما شاء.

فإن قيل: إذا نقض [الشفيع][(٩)] البيع الثاني، صار كأن لم يكن فيعود حق البائع

---

(١) في ح: زواله.
(٢) في ح: فإن.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ح: وبهذا بني.
(٥) في ح: وإن.
(٦) في أ، ح: بالبناء.
(٧) سقط في أ، ح.
(٨) في ح: الباقي.
(٩) سقط في ح.

الأول في [النقض والاسترداد][١] فلا يكون للشفيع حق الأخذ [بالشفعة][٢] كما قبل البيع [الثاني صار كأن لم يكن فيعود حق البائع في النقض ولا يكون للشفيع حق الأخذ كما قبل البيع الثاني.

قلنا له البيع][٣] الثاني ينقض لحق[٤] الشفيع مقتضى تملك المشتري بالشفعة بالبيع السابق فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفيع.

رجل اشترى من آخر أرضًا فيها نخيل بألف درهم فلم يقبضها المشتري حتى أثمر النخيل، ثم حضر الشفيع فله أن يأخذ الكل بالشفعة، وفي المسألة إشكال من وجهين:

أحدهما: أن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيما كان موجودًا وقت البيع، والثمر لم يكن موجودًا وقت البيع.

والثاني: أن الثمر نقلي، والجواب: أما الإشكال الأول، قلنا[٥]: حق الشفعة يثبت بالبيع ويمكن[٦] في جميع ما صار مملوكًا بالبيع للمشتري وإن لم يكن موجودًا وقت البيع؛ ألا ترى لو قبضه المشتري صار له حصة من الثمن.

وأما الثاني قلنا: الثمر ما دام متصلاً بالنخل والأرض فله حكم النخل والأرض بطريق [التبعية][٧] وحق الشفعة يثبت في النخل والأرض فكذا في الثمر المتصل بهما.

فإن قال الشفيع: آخذ الأرض والنخل بحصتهما ولا أعطيك حصة الثمر، لا يلتفت إلى قوله لما فيه من ضرر التفريق لصاحبه، ولو أن الشفيع حين حضر لم

(١) في أ، ح: القبص.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) في أ: الثاني قلنا: البيع، وسقط في ح.
(٤) في ح: نحو.
(٥) زاد في ح: بلى.
(٦) في ح: ولكن.
(٧) في ح: الشفعة.

يقض القاضي له بالشفعة حتى جذ البائع الثمر أخذ الشفيع الأرض والنخل وترك الثمر؛ لأنا إنما أثبتنا حق الشفعة في الثمر قبل الجذاذ مع كونه نقليًا بطريق التبعية[١] وبالجذاذ زالت التبعية فعاد الأمر إلى الأصل، ثم يأخذ النخل والأرض بحصتهما من الثمر ويسقط حصة الثمر؛ لأن البائع بالجذاذ صار مستهلكًا حق المشتري قبل القبض فأوجب سقوط حصته من الثمر، فكما يظهر السقوط[٢] في حق المشتري يظهر في حق الشفيع، وهو نظير بناء الدار إذا نقضه البائع ثم حضر الشفيع، أخذ الباقي بحصته من الثمن. وطريقه ما قلنا.

وهذا إذا أخذ [البائع الثمن][٣]، فأما إذا هلك من غير صنيع أحد، فالشفيع يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن؛ لأنه هلك بالبيع تبعًا فلا يقابله شيء من الثمن، إلا إذا صار مقصودًا بالمنع والحبس، ولم يوجد ذلك هاهنا، هذا إذا أثمر النخيل قبل قبض المشتري.

فإن أثمر بعد قبض المشتري وجذه، ثم حضر الشفيع فلا شفعة له في الثمر ويأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن إن شاء؛ لأن الثمر في هذه الصورة لا يقابله شيء من الثمن[٤]؛ لأنه حادث بعد القبض، هذه الجملة من الزيادات.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله -: رجل اشترى نخلاً فيها ثمر اشتراها وثمرها، فجذ المشتري الثمر ثم حضر الشفيع أخذ النخل بحصته من الثمن[٥] فيقوم النخل وفيه ثمر، ويقوم ولا ثمر فيه فيأخذه بحصته، وكذا إذا اشترى أرضًا مبذورة فنبت الزرع وحصده المشتري ثم حضر الشفيع، أخذ الأرض بحصتها فيقوم الأرض مبذورة [وغير مبذورة][٦] فيأخذها بحصتها، والطريق ما قلنا في

(١) في ح: الشفعة.
(٢) في ح: المسقوط.
(٣) زاد في ح: بحصته من الثمر.
(٤) في ح: الثمر.
(٥) في ح: الثمر.
(٦) سقط في أ.

المسألة الأولى من الزيادات.

في باب شفعة الأرض من الأصل: إذا اشترى نخلة بأصولها وموضعها من الأرض ففيها الشفعة، بخلاف ما [إذا][(١)] اشترى نخلة ليقلعها حيث لا شفعة فيها؛ لأن في الفصل الأول إنما أوجبنا الشفعة في النخلة تبعًا للأرض؛ لأنه اشتراها معه، وهاهنا لا يمكن إيجاب الشفعة فيها تبعًا؛ لأنه اشتراها للقلع ولا يمكن إيجاب الشفعة فيها [مقصودًا لأنها][(٢)] نقلية، وكان الجواب في الأشجار كالجواب في البناء ليقلعه فلا شفعة للشفيع فيه، وإذا اشتراه بأصله فللشفيع فيه الشفعة.

وعلى هذا: إذا اشترى الزرع مع الأرض فللشفيع أن يأخذ الزرع بالشفعة، ولو اشترى الزرع ليحصده لم يكن فيه شفعة.

وإذا اشترى بيتًا ورحى ماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في البيت وفي جميع ما كان من آلات الرحى المركبة ببيت الرحى؛ لأنها تابعة لبيت الرحى، وعلى هذا: إذا اشترى الحمام فللشفيع أن يأخذ بالشفعة الحمام مع آلاتها[(٣)] المركبة من القدور وغيرها ولا يأخذ ما كان مزايلا[(٤)] من البيت في المسألة الأولى ومن الحمام في المسألة الثانية، إلا الحجر الأعلى في المسألة الأولى فإنه يأخذه الشفيع استحسانًا وإن لم يكن مركبًا؛ لأن الحجر الأعلى مع الأسفل كشيء واحد معنى؛ ألا ترى أنه يدخل في بيع الرحى استحسانًا من غير ذكر، فكان كالمركب فيه معنى فلهذا يأخذه الشفيع بالشفعة.

وإذا اشترى عين قير ونفط أو موضع مسلخ أخذ جميع ذلك بالشفعة؛ لأن هذه الأشياء متصلة بالأرض معنى؛ لأنها تنبع من ذلك الموضع.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله -: اشترى كرمًا وله شفيع غائب فأثمرت

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: مقصود إليها.
(٣) في ح: الأنهار.
(٤) في ح: مزال.

الأشجار فأكلها المشتري ثم حضر الشفيع وأخذ الكرم بالشفعة، فإن كانت الأشجار وقت قبض المشتري ذات ورد ولم يبد الطلع من الورد لا يسقط شيء من الثمن[١]، وإن كان قد بدا الطلع وقت قبض المشتري يسقط بقدر ذلك ويعتبر قيمته يوم قبض المشتري الكرم؛ لأنه في الوجه الأول: لا حصة له من الثمن، وفي الوجه الثاني: له حصة من الثمن.

وكذلك إذا كان المشترى أرضًا فيها زرع، لا قيمة له وإن أدرك الزرع وحصد المشتري ثم جاء الشفيع وأخذ الأرض لا يسقط شيء من الثمن.

* * *

(١) في ح: الثمر.

الفصل الرابع
في طلب الشفعة

يجب أن يعلم بأن الطلب أنواع ثلاثة: طلب المواثبة[١]، وطلب إشهاد[٢]، وطلب تمليك.

واختلفت الروايات في مقدار مدة طلب المواثبة.

قال علماؤنا - رحمهم الله - في ظاهر الروايات: يشترط فور علمه بالشراء[٣] إن

---

(١) المواثبة: يقال: وثب من باب وعد، ووثوبًا ووثيبًا فهو وثّاب، ويتعدى بالهمزة فيقال: أوثبته وواثبته بمعنى: ساورته، من الوثوب، والعامة تستعمله بمعنى المبادرة والمسارعة. ينظر: المصباح المنير (٢/٦٤٧)، مادة (و ث ب).

(٢) الإشهاد على طلب الشفعة ليس شرطًا لصحته عند الحنفية، وإنما هو من أجل التوثيق على تقدير الإنكار. وروي عن محمد - رحمه الله - أن الإشهاد شرط لصحته؛ لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه.
ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٨)، الجوهرة النيرة (١/٢٧٦)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٤٤).

(٣) اختلف العلماء في تقدير الوقت الذي يجب فيه على الشفيع المطالبة بالشفعة على أقوال، أهمها ثمانية أقوال:
القول الأول: وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية، والأظهر عند الشافعية، والصحيح عند الحنابلة، أن الوقت الذي يجب فيه على الشفيع المطالبة بالشفعة هو على الفور بعد العلم بالبيع، وإن تأخر عن المطالبة لغير عذر سقط حقه في الشفعة.
القول الثاني: وقت طلب الشفعة ليس على الفور، بل وقتها متسع على التراخي، وهذا مذهب المالكية، وقد اختلفت الروايات عن مالك في تقدير هذه المدة على أربع روايات:
الأولى: وقت طلب الشفعة للحاضر مقدر بالسنة، فالحاضر الساكت على شفعته إلى تمام السنة بعد العلم بها وهو الأشهر. قال مالك: (والتسعة الأشهر والسنة قريب لا أرى فيها قطعًا للشفعة).
الثانية: وقت طلب الشفعة غير محدد ولا مقدر، فالشفعة ثابتة للشفيع على التراخي، إلا إذا قام المشتري بالبناء أو التغيير، والشفيع حاضر عالم وساكت، أو يصرح الشفيع بالإسقاط؛ لأنه حق ثابت للشفيع ولا يبطله سكوته.
الثالثة: وقت طلب الشفعة مقدر بخمسة أعوام.
الرابعة: وقت طلب الشفعة مقدر بأكثر من السنة.
القول الثالث: وقت طلب الشفعة مقدر بثلاثة أيام، وهو قول للشافعي، وقول ابن أبي ليلى.
القول الرابع: وقت الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة محددة، وهذا قول الشافعي في القديم، ورواية عن أحمد. =

طلب الشفعة كما علم بالشراء ثبت [حقه][(١)] وإن لم يطلب هنيهة وسكت بطلت شفعته، وإليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى.

وروى هشام عن محمد - رحمهما الله -: أن له مجلس العلم [إن][(٢)] طلب [فيه][(٣)] ثبت حقه وإن لم يطلب حتى قام، بطل حقه، وهو اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخارى.

وروى ابن رستم عن محمد: أنه إذا سكت هنيهة لا تبطل شفعته، ولم ينقل عن محمد كيفية طلب المواثبة، وقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه إذا أتى بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة جاز، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني، والشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري، والشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل - رحمهم الله -.

= القول الخامس: وقت طلب الشفعة هو مجلس العلم بالبيع وإن طال المجلس، وهذا القول رواية عن محمد، ورواية عن أحمد.

القول السادس: وقت الشفعة مقدر بيوم من حين يسمع بالبيع. وهذا ما ذهب إليه سفيان.

القول السابع: وهو لشريك: أن الشفيع على شفعته ما لم يبطلها تصريحًا أو دلالة، فهي بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له.

القول الثامن: وهو للشافعي: أن وقت الشفعة يثبت للشفيع إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ، أو العفو، (لأنا لو قلنا: إنه على الفور أضررنا بالشفيع؛ لأنه لا يأمن من الاستعجال أن يترك الحظ في الأخذ، أو يأخذه الحظ في الترك فيندم.

وإن قلنا: إنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري؛ لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفًا من الشفيع، فجعل له إلى أن يرفع للحاكم ليدفع عنه الضرر).

ينظر: المبسوط (١٤/ ١١٦، ١١٧)، بدائع الصنائع (٤/ ١١٦، ١١٧)، الهداية، للمرغيناني (٨/ ٣٠٧)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٥١٦)، بداية المجتهد (٢/ ٢٦٣)، الثمر الداني، ص (٥٥١)، الحاوي (٧/ ٢٤٠، ٢٤١)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، المهذب (١/ ٣٨٠)، مغني المحتاج (٢/ ٣٩٥)، حاشية الشرقاوي (٢/ ١٤٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٤٧٩)، الإنصاف (٦/ ٢٦٠).

(١) سقط في أ، ح.

(٢) في ح: فإن.

(٣) سقط في ح.

حتى حكي [عن محمد][١] عن الشيخ الإمام الجليل هذا: لو وجبت الشفعة لهروي فقال: شفعة شفعة، كان ذلك منه طلبًا صحيحًا ثابتًا، وهذا إذا طلب وهو طلب المواثبة ليس لإثبات الحق؛ لأن الطلب يقتضي مطلوبًا، ومطلوبًا منه ليصح، وليس في هذا الطلب مطلوب [ومطلوب][٢] منه فكان تلفظًا بالطلب لا أن يكون طلبًا[٣] على الحقيقة، وإنما يشترط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط لصحة هذا الطلب وكذلك حضرة واحد من الأشياء الثلاثة الدار والبائع والمشتري ليست بشرط لصحة الطلب.

وذكر أصحابنا - رحمهم الله - الإشهاد عند هذا الطلب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من إثباته [لا][٤]؛ لأنه شرط لازم فهو نظير الإشهاد على التفريع في الحائط المائل مذكور في الكتب على طريق الاحتياط لا؛ لأنه شرط التفريع.

ثم بعد طلب المواثبة يحتاج إلى طلب الإشهاد والتقرير[٥]، وإنما يصح هذا الطلب عند حضرة أحد الأشياء الثلاثة الدار أو البايع أو المشتري وهو بيده، وهذا الطلب مقدر بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هذه الأشياء بعد الفراغ من طلب المواثبة حتى لو لم يتمكن ولم يطلب بطلت شفعته.

وصورة[٦] هذا الطلب: أن يحضر الشفيع عند الدار فيقول: إن فلانًا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار، لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن أيضًا فاشهدوا بذلك، أو[٧] بحضرة المشتري ويقول إن هذا اشترى الدار التي كانت

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: طالب.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، ح: التقدير.
(٦) في ح: وصورته.
(٧) في ح: و.

لفلان حدودها كذا، وأنا شفيعها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا، أو بحضرة البائع [ويقول: إن][(١)] هذا باع [من][(٢)] فلان دارًا التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا، وهذا الطلب عند المشتري صحيح سواء كانت الدار في يد المشتري أو في يد البائع، وكذلك عند البائع إذا كانت الدار في يده.

وإن لم تكن الدار في يده، ذكر[(٣)] الشيخ أبو الحسن القدوري - رحمه الله - وعصام في مختصره، والناطفي في أجناسه: [أنه لا يصح][(٤)]، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -: أنه صحيح استحسانًا وأحاله إلى الجامع الكبير، وهكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله -.

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطل حقه.

قال شيخ الإسلام في شرحه في باب شفعة أهل البغي: إن الشفيع إنما يحتاج إلى طلب المواثبة بأن يسمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع المشتري عند حضرة أحد هؤلاء وطلب طلب المواثبة وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام طلبين.

وإن قصد الأبعد من أحد هذه الأشياء الثلاثة وترك الأقرب فإن كانوا جملة في مصر واحد، فالقياس أن تبطل شفعته، وفي الاستحسان لا تبطل؛ لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكمًا، ولو كانوا في مكان واحد حقيقة فطلب عند أحدهم وترك الطلب عند الآخرين أليس إنه يصح طلبه؟ كذا هاهنا.

---

(١) في ح: فيقول.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ح: ذكره.
(٤) سقط في أ، ح.

وذكر[١] الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - وفي واقعاته: أنه إذا اجتاز[٢] على الأقرب ولم يطلب منه بطلت شفعته.

ولو كان الشفيع بحضرة [واحد من][٣] هذه الأشياء الثلاثة والآخران في مصر آخر، أو في رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقدم الأبعد وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسًا واستحسانًا؛ لأن المصر الآخر أو رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد وإذا ترك الطلب عند الأقرب وقصد الأبعد فقد ترك الطلب مع الإمكان.

ولو كان كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة في مصر على حدة والشفيع في مصر على حدة ذكر عصام - رحمه الله - في مختصره: أن الشفيع يذهب إلى أقربهم.

وذكر الناطفي في أجناسه: أما إذا ذهب إلى الأبعد لا تبطل شفعته.

بعض مشايخنا أخذوا برواية عصام.

وبعضهم أخذوا برواية الناطفي.

وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب الشفعة في باب شفعة أهل البغي حيث قال: وإذا كان الشفيع في غير مصر البائع والمشتري والدار، وأتى إليهم شخص فهو على شفعته من غير فصل، وهذا؛ لأن الشفيع قد يعجز عن الذهاب إلى الأقرب بسبب من الأسباب فلا يكون بترك الذهاب إلى الأقرب مبطلا شفعته، وعلى هذا الوجه إذا كان للأقرب طريقان وترك[٤] الطريق الأقرب واختار الأبعد لا تبطل شفعته على قياس ما ذكره الناطفي.

ثم إذا حضر المصر الذي فيه أحد هذه الأشياء بطلت[٥] الشفعة بحضرة ذلك، ولا يكفيه حضور المصر البائع والمشتري والدار في ذلك على السواء.

(١) في ح: وطلب.
(٢) في ح: اختار.
(٣) في ح: واحدة.
(٤) في ح: فترك.
(٥) في ح: بطلب.

وكان القاضي الإمام ركن الإسلام أبو زيد الكبير يقول: يكفيه حضور المصر الذي الدار فيه للطلب، ولا يشترط الطلب عند حضرة الدار فكان يفرق بين الدار وبين البائع والمشتري، وكان يقول: إليه أشار محمد - رحمه الله - في باب شفعة أهل البغي.

وعلى هذا: إذا كان الدار في مصر الشفيع لا يشترط الطلب عند الدار على ما ذكره القاضي الإمام - رحمه الله - بل إذا طلب وأشهد من غير تأخير في أي موضع طلب جاز. وإذا كان البائع والمشتري في مصر الشفيع لا بد من الطلب بحضرته [بالاتفاق](١).

ثم بعد طلب المواثبة، وطلب الإشهاد يحتاج إلى طلب التمليك، وهو الطلب عند القاضي إن لم يكن سلم المشتري الدار إليه.

وصورة ذلك: أن يقول الشفيع للقاضي: إن فلانًا اشترى دارًا وبين محلها وحدودها وأنا شفيعها بدار لي وبين حدودها فمره بتسليمها إلي، وبعد هذا الطلب لا يثبت الملك للشفيع في الدار المشفوعة إلا بحكم القاضي(٢)، [أو

---

(١) سقط في أ، ح.

(٢) قال الشيخ الإبياني: يطلق الحكم ويراد به أثر الشيء المترتب عليه، كثبوت ملك المبيع للمشتري والثمن للبائع في عقد البيع، فيترتب على الشفعة أن العقار المشفوع ينتقل إلى ملك الشفيع، ولكن لا بد لذلك من أحد أمرين: إمَّا بالأخذ إن تسلمه من المشتري برضاه، وإما بقضاء القاضي من غير أخذ، وسبب توقف نقل الملك من المشتري إلى الشفيع أن الملك قد تم بالشراء فلا يخرج عن ملكه إلى الشفيع إلا برضاه؛ لأن له الولاية على نفسه فيملك إخراج ملكه عنه برضاه أو بحكم الحاكم؛ لأن له الولاية العامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق. وقبل حصول أحد هذين الأمرين لا ينتقل الملك إليه؛ فلو مات لا تورث العين المشفوعة عنه، ولو باع ما يشفع به بطلت شفعته؛ لعدم وجود السبب حال الحكم أو الأخذ بالتراضي. ولو باع شخص أرضًا بجوار الأرض التي يريد أخذها بالشفعة فليس له ذلك لعدم الملك. وقال الإمام أحمد: ينتقل الملك إليه بمجرد الطلب، ولا يشترط في ذلك حكم القاضي؛ لأن البيع السابق سبب انضمت إليه المطالبة كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول، ولا يلزم رضا المشتري؛ لأن الأخذ منه قهرًا، والمقهور لا يعتبر رضاه، وعلى هذا فلو مات بعد الطلب يورث عنه. وقد اختلف الفقهاء في كيفية التملك بالشفعة، فذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت الملك للشفيع إلا بتسليم المشتري بالتراضي، أو بقضاء =

....

= القاضي. أما التملك بالتسليم من المشتري فظاهر؛ لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع - وهو الثمن - يفسر الشراء، والشراء تملك. وأما قضاء القاضي؛ فلأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرًا، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه. وإذا قضى القاضي بالشفعة وكان المبيع في يد البائع، فقال بعض مشايخ الحنفية: البيع لا ينتقض، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع. وقال بعضهم: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وينعقد للشفيع بيع آخر، وهو المشهور. ووجه من قال بالتحول: أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة؛ لأن البيع من شرائط وجوب الشفعة، فإذا انتقض لم يجب، فتعذر الأخذ. وإن كان المبيع في يد المشتري، أخذه منه ودفع الثمن إلى المشتري، والبيع الأول صحيح؛ لأن استحقاق التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه. ثم إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع، وكانت العهدة عليه، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد. وإن أخذها من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري، وكانت العهدة عليه؛ لأن العهدة هي من الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبضه. وروي عن أبي يوسف: أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بمحضر منهما، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري، والعهدة على المشتري، وإن كان لم ينقد، دفع الشفيع الثمن إلى البائع، والعهدة على البائع.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٢٤)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٤٢).

وأخذ الشفيع العقار بحكم القاضي، أو بالتراضي، يعتبر شراءً جديدًا بالنسبة إليه؛ لأنه معاوضة مال بمال، فيعتبر شراءً من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وشراءً من البائع إن كان قبله، لتحول العقد إليه، وينبني على ذلك أنه يثبت له خيار الرؤية إن لم يكن رآه فيرده على من أخذه منه، سواء كان البائع أو المشتري، كما إذا اشتراه منهما باختيارهما، ولا يسقط خياره برؤية المشتري؛ لأنه ليس بنائب عنه، فرؤيته لا تؤثر على حق الشفيع في الرد بخيار الرؤية لاختلاف الأغراض. ولو اطلع على عيب كان موجودًا فيه قبل أخذه فله رده بخيار العيب، ولو رضي به المشتري؛ لأن رضاه لا يؤثر على حق الشفيع، ولو شرط البائع على المشتري البراءة منه فله رده أيضًا، والشرط لا يسري على الشفيع، سواء أخذ العقار من المشتري؛ لأن الأخذ منه بمنزلة عقد جديد غير الأول، أو أخذ من البائع؛ لأن رضا المشتري بالبراءة من كل عيب قاصر عليه، إذ إنه بعقد الشراء يعمل لنفسه لا للشفيع، فهو ليس بنائب عنه، والشفيع لم يلتزم له بالبراءة من العيب، ولا لزوم بلا التزام. وله أن يرده أيضًا إذا ظهرت خيانة البائع للمشتري في بيعه، كأن قال له: اشتريت العقار بمبلغ كذا وأربح عشرة جنيهات مثلاً، فظهر أن البائع اشتراه بأقل مما يقال، أو ظهرت خيانته في بيعه له تولية، بأن قال: بعته لك بالثمن الذي اشتريته بدون زيادة، وهو ألف جنيه، فتبين أنه اشتراه بأقل من ذلك. وليس له رده بخيار الشرط؛ لأنه شرع للتروي في البيع على خلاف القياس فلا يثبت في الأخذ الجبري.

بتسليم][1] المشتري الدار إليه حتى إن بعد هذا الطلب قبل حكم القاضي بالدار له وقبل تسليم المشتري الدار إليه، لو بيعت دار أخرى بجنب هذه الدار ثم حكم له الحاكم، أو سلم المشتري الدار إليه[2] لا يستحق الشفعة فيها، وكذا[3] لو مات الشفيع أو باع داره بعد الطلبين قبل حكم الحاكم أو تسليم المشتري تبطل شفعته[4]، ذكر الخصاف ذلك في أدب القاضي.

وللشفيع أن يمتنع من الأخذ بالشفعة إن بذل له المشتري حتى يقضي القاضي له بها؛ لأن في قضاء القاضي له زيادة فائدة وهو معرفة القاضي بسبب ملكه، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين، فكان الأخذ بقضاء القاضي أحوط، في شفعة الأسبيحابي - رحمه الله -.

فإن ترك الشفيع الطلب الثالث يعني بعد ما طلب الطلبين أو[5] لم يرفع الأمر إلى

---

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: حتى بعد هذا الطلب.

(٣) في ح: وكذلك.

(٤) اختلف الفقهاء في ميراث حق الشفعة.
فذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن حق الشفعة يورث، فإذا مات الشفيع، ينتقل حق الشفعة إلى ورثته.
وقيده الحنابلة بما إذا كان الشفيع قد طالب بالشفعة قبل موته.
ووجه الانتقال عندهم: أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث، كالرد بالعيب.
وذهب الحنفية، إلى أنه إذا مات الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة، لم يكن لورثته حق الأخذ بها، فتسقط الشفعة بموت الشفيع، ولا تنتقل إلى الورثة؛ لأن حق الشفعة ليس بمال، وإنما مجرد الرأي والمشيئة، وهما لا يبقيان بعد موت الشفيع؛ ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ بالشفعة قد زال بموته. أما إذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي له بالشفعة، أو بعد تسليم المشتري له بها، فلورثته أخذها بالشفعة. وإذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة؛ لأن المستحق باق، وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق.
ينظر: العناية على الهداية مع فتح القدير (٩/ ٤١٦، ٤١٧)، المبسوط (١٤/ ١١٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٢١)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٤١)، بداية المجتهد (٢/ ٢٦٠)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢١٧)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٥٣٦) وما بعدها، منتهى الإرادات (١/ ٥٣٢).

(٥) في أ: لو.

القاضي حتى يقضي له بالشفعة هل تبطل شفعته؟

أجمعوا على أنه إذا ترك هذا الطلب بعذر من مرض أو حبس أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب أنه لا تبطل شفعته وإن طالت المدة، وإن ترك[١] الطلب بغير عذر فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا تبطل شفعته وإن طالت المدة.

وعلى قولهما: تبطل إذا طالت المدة.

واختلفت الروايات عنهما في المدة الطويلة، ففي رواية عن محمد - رحمة الله عليه -: قدر بثلاثة[٢] أيام، وفي رواية أخرى: أنه قدر بشهر، فقال: إذا ترك المرافعة شهرًا بطلت شفعته، وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -.

قال شيخ الإسلام: الفتوى اليوم على هذا، [وهو قول زفر][٣].

وعن أبي يوسف في رواية مثل قول أبي حنيفة، رواه محمد عنه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا كان الشفيع غائبًا فعلم بالشرا فإنه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة بطلب الإشهاد والتقرير، فإذا مضى ذلك الأجل [وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء][٤] قبل أن يطلب هذا الطلب أو يبعث من يطلب، فلا شفعة له.

فإن قدم المصر الذي فيه الدار، فيتعين[٥] المشتري فطلب[٦] الشفيع الإشهاد والتقرير عند البائع إذا كان الدار في يديه أو عند الدار ثم ترك الطلب فإنه لا تشفعته وإن طال ذلك بلا خلاف؛ لأنه إنما ترك هذا الطلب بعذر؛ لأنه لا يمكنه اتباع

---

(١) زاد في ح: هذا.
(٢) في أ، ح: ثلاثة.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) في أ: فيبعث.
(٦) في أ: بطلب، وزاد في ح: المشتري.

المشتري لأجل الخصومة؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشتري ليخاصمه ويأخذه منه فهرب المشتري إلى مصر آخر فترك هذا الطلب بعذر لا يوجب بطلان الشفعة.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله -: إذا ترك الطلب الثالث لسنة[١] لا تبطل شفعته؛ لأنه[٢] لم يكن في البلد قاض، فهذا عذر.

الشفيع إذا علم بالشراء، وهو في طريق مكة، فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الإشهاد بنفسه، يوكل وكيلاً ليطلب له الشفعة، فإن لم يفعل ومضى، بطلت شفعته وإن لم يجد من يوكله ووجد فيجًا يكتب على يده[٣] كتابًا ويوكل وكيلاً بالكتاب، فإن لم يفعل بطلت شفعته فإن لم يجد وكيلاً، ولا فيجًا لا تبطل شفعته حتى يجد الفيج، في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل له شفعة عند القاضي يقدمه إلى السلطان الذي يولي القضاء، فإن كانت شفعته عند السلطان وامتنع القاضي عن إحضاره فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر للشفيع.

وإذا علم بالبيع في نصف الليل ولم يقدر على الخروج، فإن أشهد حين أصبح صح؛ لأن هذا تأخير بعذر في واقعات الناطفي.

اليهودي إذا سمع بالبيع يوم السبت فلم يطلب الشفعة بطلت شفعته؛ لأن هذا تأخير بغير عذر.

في فتاوى أهل سمرقند، أيضًا: الشفيع بالجوار إذا خاف لو طلب الشفعة عند القاضي، والقاضي لا يرى ذلك تبطل شفعته فلم يطلب فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر يعتبر[٤] الطلب من الشفيع في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع بالاتفاق.

وفي بيع الفضولي والبيع بشرط الخيار للبائع يعتبر الطلب [وقت البيع عند أبي

---

(١) في أ، ح: سنة.
(٢) زاد في أ: لو.
(٣) في ح: يديه.
(٤) في أ: معتبر.

يوسف وعند محمد يعتبر الطلب][١] عند الإجازة هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في الباب الأول من شرحه.

وجه قول محمد - رحمه الله -: أن علة ثبوت حق الشفعة انقطاع حق البائع، وحق البائع ينقطع وقت سقوط الخيار في البيع بشرط[٢] الخيار، ووقت الإجازة في بيع الفضولي، فيعتبر الطلب في هذا الوقت.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أن حق البائع وإن كان يسقط عند الإجازة إلا أن الإجازة تستند إلى وقت العقد؛ لأن الإجازة إثبات صفة العقد، والصفة لا تقوم بنفسها، وإنما تقوم بالموصوف وتستند [إلى وقت][٣] العقد مع حكمه وهو انقطاع حق البائع فيكون وقت الطلب وقت العقد بخلاف البيع الفاسد؛ لأن هناك حق البائع إنما ينقطع بتصرف المشتري وتصرف المشتري لا يستند إلى وقت العقد بأن يتقرر حال وجوده فكذا انقطاع حق البائع لا [يستند، فيعتبر][٤] الطلب وقت تصرف المشتري لهذا.

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه كان يقول: يعتبر وقت البيع، ثم رجع وقال: سكوته عند الطلب وقت البيع ليس بتسليم، ولو قال: أبطلت شفعتي، فذلك التسليم[٥].

وفي الهبة بشرط العوض روايتان، في ظاهر الرواية: يعتبر الطلب وقت التقابض؛ لأنه يصير تبعًا في هذه الحالة، و[في رواية: يعتبر وقت العقد][٦] وإن كان البيع بألف درهم إلى سنة يعتبر الطلب وقت العلم بالبيع، حتى إن الشفيع لو قال: أنا

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في ح: يشترط.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ح: يشتر.
(٥) في أ، ح: تسليم.
(٦) سقط في أ، ح.

أنتظر الأجل ولم يطلب كما علم بالبيع بطلت شفعته، رواية الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: كذلك قال [ابن أبي مالك][١].

وقال أبو يوسف أيضًا: إنه على شفعته، وسكوته عن الطلب قبل الأجل لا يكون تسليمًا للشفعة. في الأصل في باب شفعة أهل البغي.

إذا اشترى رجل من أهل البغي دارًا من رجل في عسكر أهل العدل فإن كان لا يقدر على أن يبعث وكيلاً أو يدخل بنفسه [عسكرهم، فهو على شفعته، ولا يضر ترك طلب الإشهاد؛ لأنه ترك بعذر وإن كان يقدر على أن يبعث وكيلاً أو يدخل بنفسه][٢] عسكرهم، فلم يطلب طلب الإشهاد، بطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الإشهاد بغير عذر.

إذا اتفق البائع والمشتري أن الشفيع علم بالشراء منذ أيام، ثم اختلفا بعد ذلك في الطلب، فقال الشفيع: طلبت منذ علمت، وقال المشتري: ما طلبت، فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة، ولو قال الشفيع: علمت الساعة وأنا أطلبها، [وقال المشتري: علمت قبل ذلك ولم تطلب، فالقول قول الشفيع][٣].

وقال أبو يوسف: إذا قال الشفيع: طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله: ولو قال: علمت أمس [وطلبت، أو قال: كان البيع أمس][٤] وطلبتها في ذلك [الوقت][٥]، لا يصدق إلا ببينة، وهكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي.

حكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أنه قال: إذا

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ح.

كان الشفيع علم بالشراء وطلب طلب المواثبة يثبت حقه، لكن إذا قال بعد ذلك: علمت منذ كذا وطلبت، لا يصدق على الطلب، ولو قال: ما علمت إلا الساعة، يكون كاذبًا.

فالحيلة في ذلك: أن يقول لإنسان: أخبرني بالشراء، ثم يقول: [الآن أخبرتك][(١)] فيكون صادقًا، وإن كان أخبر قبل ذلك.

قال: في الصغيرة إذا بلغت في نصف الليل واختارت نفسها وأرادت أن تشهد على ذلك تقول: حضت الآن، ولا تقول: حضت في نصف الليل، واخترت نفسي، فإنها لا تصدق في اختيارها نفسها، ولكن تقول على نحو ما بيناه. وتكون صادقة في قولها: الآن حضت؛ لأن الحيضة اسم لكل دم[(٢)] بدر ساعة بعد ساعة.

وذكر محمد بن مقاتل في نوادره: إذا كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري في الوقت المتقدم ويخشى أنه إذا أقر بذلك يحتاج إلى البينة فقال: الساعة علمت، وأنا أطلب الشفعة بسبب أن يقول ذلك، ويحلف على ذلك ويستثني في يمينه، وقد احتج على ذلك بما ذكره في وديعة الأصل إذا جحد المودع الوديعة فحصل في يد رب الوديعة من جنس ما أودع عنده من الدراهم، له أن يأخذ بحقه ويحلف عليه ويستثني في يمينه.

إذا قال الشفيع[(٣)]: طلبت الشفعة أمس حين علمت بالبيع، وأنكر المشتري ذلك فطلب[(٤)] الشفيع يمين المشتري، ذكر في [الهارونية و][(٥)] أدب القاضي للخصاف: أنه يحلف المشتري ما علم أنه طلب شفعته ولم يذكر فيه خلافًا.

وذكر الفقيه علي الرازي: أن هذا قول أبي يوسف - رحمه الله -.

---

(١) في ح: ألا خبرت.
(٢) في ح: يوم.
(٣) زاد في ح: ليت.
(٤) في ح: وطلب.
(٥) سقط في ح.

وقال محمد - رحمه الله -: أحلفه على البتات بالله ما طلب شفعة حين بلغه الشراء، فإن قال المشتري للقاضي: حلفه بالله، لقد طلب هذه الشفعة طلبًا صحيحًا ساعة علم بالشراء من غير تأخير، حلفه القاضي على ذلك، ذكره موسى بن نصر في شفعته.

وإن[1] أقام المشتري بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم بالبيع، فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال أبو يوسف رحمه الله: البينة بينة المشتري، ذكره في نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة.

في فتاوى أبي الليث: المشتري إذا أنكر طلب الشفعة، فالقول قوله مع يمينه فبعد ذلك ينظر، إن أنكر طلبه عند سماع البيع يحلف على العلم بالله ما يعلم أن الشفيع حين سمع البيع طلب الشفعة؛ لأنه لا يحيط علمه به، وإن أنكر طلبه عنده فإنه يحلف على البتات؛ لأنه يحيط علمه[2] به.

ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله -: إذا طلب الشفيع الشفعة ورافعه إلى الإمام فالقاضي يؤجله مدة ثلاثة أيام، لنقد الثمن، فإن أجابه إلى هذه المدة وإلا بطلت شفعته.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: الشفيع إذا طلب الشفعة فقال المشتري: هات الدراهم، وخذ شفعتك، فإن أمكنه إحضار الدراهم ولم يحضر ثلاثة أيام، بطلت شفعته، هكذا روي عن محمد، والمختار أنه لا تبطل.

* * *

---

(١) في ح: فإن.
(٢) في ح: علم.

ومما يتصل[١] **بهذا الفصل**: دعوى الشفيع الشفعة، وقضاء القاضي له بذلك، وبيان شرائطه، وكتب المحضر في ذلك.

وإذا ادعى الشفيع الشفعة وحضر المشتري عند القاضي، فالقاضي ينظر في دعواه أهي صحيحة أم فاسدة؟ وإنما يصح دعواه إذا بين موضع الدار المشفوعة أنها في أي مصر، وفي أي محلة، وفي أي سكة وبين حدودها، وهذا؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام العقار مما ذكرنا، فإذا بين هذه الأشياء وصار به معلومًا سأله القاضي أن المشتري [هل][٢] قبض الدار من البائع؛ لأنه إذا لم يقبضها من البائع لا يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع؛ لأن اليد للبائع إن كان الملك للمشتري، فإذا ذكر القبض علم أن المشتري وحده خصم، ثم بعد ذلك ينبغي أن يسأله بأي سبب يدعي الشفعة، وهذا؛ لأن أسباب الشفعة مما يختلف فيها العلماء.

بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل.

وبعضهم قالوا: الشفعة بالأبواب.

وعندنا: الشفعة على مراتب فلا بد أن يبين سببها حتى ينظر القاضي أن ما زعمه سببًا هل هو سبب؟ وبعد أن يكون سببًا هل هو محجوب بغيره؟، [ثم إذا بين ذلك وعرف القاضي ما ادعاه][٣]، سأله متى علمت بالشراء؟ وكيف صنعت حين علمت؟ هكذا ذكر صاحب الأقضية.

قال مشايخنا رحمهم الله: والصحيح أن القاضي يقول له: [متى أخبرت بالشراء وكيف أخبرت بالشراء؟ ولا يقول له:][٤] متى علمت وكيف صنعت حين علمت؟ وإنما يسأله القاضي عن وقت العلم بالشراء وعن وقت الإخبار. حتى يرى القاضي أن المدة هل تطاولت من وقت العلم أو من وقت الإخبار إلى وقت المرافعة إلى

---

(١) في أ: لا يبطل.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في أ.

القاضي، فإن عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - إذا تطاولت المدة، فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى.

وإنما اختار مشايخنا - رحمهم الله - أن يسأله القاضي عن وقت الإخبار [حتى يرى القاضي أن المدة هل تطاولت][١] لا عن وقت العلم؛ لأن العلم لا يثبت إلا بدليل مقطوع به، والشفعة تبطل بترك الطلب، بعد وصول الخبر إليه، فلو قال له القاضي: طلبت [حين علمت][٢] يريد به العلم المقطوع به، ويكون ذلك صحيحًا فيسأله القاضي عن الطلب بعدما[٣] أخبر بالبيع[٤]، ثم إذا سأله عن طلب المواثبة فقال: طلبت حين علمت أو قال: حين أخبرت من غير لبث ولا مكث، يسأله عن طلب الإشهاد [هل طلبت طلب الإشهاد][٥] بعد ذلك من غير تأخير وتقصير، فإن قال: نعم، يسأله أن الذي طلب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره؟ فإن قال: نعم، تبين أن الإشهاد قد صح، وإن لم يكن أقرب إليه سأله عن موضعهم فإن كانوا في مصر واحد كفاه ذلك على طريق الاستحسان، وإن كانوا في أمصار مختلفة فالحكم فيه على التفاصيل التي ذكرناها[٦].

ثم إذا بين [ما يصح][٧] عنده الطلب فقد صح دعواه، فبعد[٨] ذلك القاضي يسأل المدعى عليه عن دعوى المدعي فإن أنكر أن يكون شفيعًا[٩]، وأنكر سبب شفعته بأن كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه أنكر أن يكون المدعي جارًا للدار المشتراة وأن تكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعي، فالقول

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: بعد.
(٤) في ح: الشيخ.
(٥) سقط في ح.
(٦) في أ: ذكرنا.
(٧) في ح: وصح.
(٨) في ح: فعند.
(٩) في ح: شفيعها.

قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعي، فعلى المدعي أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة تحتمل أن تكون [يد ملك، ويحتمل أن تكون](١) إجارة أو عارية.

والجوار بسبب الإجارة أو العارية ليس بسبب لاستحقاق الشفعة، والمحتمل لا يصلح حجة، أقصى ما فيه أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفي لإبقاء ما كان، ولا يكفي لاستحقاق ما(٢) لم يكن وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشتري والظاهر لا يكفي لذلك.

وإذا لم يقبل قول المدعي في ملكه تلك الدار يحتاج المدعي إلى إقامة البينة عليه، فإن لم يكن له بينة وأراد استحلاف المشتري فله ذلك؛ لأنه هو المنكر في الحقيقة على قول أبي يوسف يستحلف على العلم.

وعلى قول محمد رحمه الله: على البتات؛ لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، فصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكر وهناك يحلف على البتات فكذا هاهنا.

ثم الشفيع إذا أخبر بالبيع، فإن كان المخبر رسولًا(٣)، يثبت البيع إذا بلغ الرسالة سواء كان المخبر واحدًا أو اثنين حرًّا كان أو عبدًا صغيرًا كان أو كبيرًا، حتى لو ترك طلب المواثبة عند ذلك أو(٤) أخر طلب الإشهاد تبطل شفعته، وإن لم يكن المخبر رسولًا وإنما أخبره من تلقاء نفسه، فإن كان المخبر رجلين عدلين [أو غير عدلين](٥) أو كان المخبر رجلًا واحدًا عدلًا(٦) يثبت البيع بخبره بالإجماع سواء صدقه الشفيع

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: أمر.
(٣) زاد في ح: لا.
(٤) في ح: و.
(٥) سقط في ح.
(٦) زاد في ح: لا.

في ذلك أو كذبه إذا ظهر صدق الخبر، هكذا ذكر الطحاوي في وكالته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن يشترط العدالة أو[١] العدد لثبوت البيع بخبره، حتى لو أخبره رجلان غير عدلين أو رجل عدل فلم يطلب طلب المواثبة أو أخر طلب الإشهاد لا تبطل شفعته على هذه الرواية، فإن كان [المخبر][٢] رجلاً واحدًا غير عدل إن صدقه الشفيع في ذلك لا يثبت البيع بخبره بالإجماع، هكذا ذكر في وكالة شرح الطحاوي - رحمه الله -.

وإن كان كذبه في ذلك لا يثبت البيع بخبره وإن ظهر صدق الخبر عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: يثبت البيع بخبره إذا ظهر صدق الخبر.

وعلى قياس رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يثبت البيع بخبر الواحد.

وإن أرادوا أن يكتبوا في ذلك محضر الدعوى يكتب: بسم الله الرحمن الرحيم حضر [عند][٣] القاضي فلان بن فلان في يوم كذا من شهر كذا سنة كذا، وأحضر معه فلانًا، إن كان القاضي يعرفهما، وإن كان لا يعرفهما يكتب أنه حضر رجل ذكر أنه يسمى فلانًا وأحضر رجلاً ذكر أنه فلان فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي [أحضره معه، أن هذا الذي][٤] أحضره اشترى دارًا في بلدة كذا في محلة تعرف بكذا أحد حدود هذه الدار كذا، والثاني والثالث والرابع كذا بحدودها وحقوقها وجميع مرافقها الداخلة فيها والخارجة منها من حقوقها بكذا درهمًا وزن سبعة، نقد كذا، وأنه قبض هذه الدار وصارت في يديه وأن هذا الذي حضر أحق بهذه الدار من المشتري هذا الشفعة فيها بداره التي بجوار هذه الدار المشتراة أحد حدودها كذا والثاني والثالث والرابع كذا، وأنه علم أن فلانًا اشترى هذه الدار المحدودة في هذا

---

(١) في أ: و.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في ح.

الكتاب التي[١] حقه أحق بشفعته فيها في ساعة كذا من يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، وأنه طلب شفعتها كما علم بشرائها طلب مواثبة من غير لبث [و][٢] أتى فلان المشتري هذا فإنه كان أقرب إليه من الدار المشتراة التي هو أحق بشفعتها فيها من غير تأخير ولا تقصير وطلبها منه بشفعته فيها وأشهد على ذلك شهودًا، فسأل القاضي شهود المدعي[٣] هذا الذي أحضره معه عما سمى ووصف في الكتاب يذكر أنه اشترى هذه الدار التي ادعاها [المدعي][٤] هذا أنه أحق بشفعتها المحدودة الموصوفة في هذا الكتاب بكذا درهمًا وزن سبعة نقد كذا بحدودها وجميع حقوقها الداخلة [فيها][٥] والخارجة عنها[٦] وقبضها وصارت في يده وملكه فبعد ذلك إن كان يريد الكتابة، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يكتب أنه لا يعلم فلانًا شفيعها بالدار التي حدودها ووصفها في كتابنا ولا فيما[٧] ادعى من طلب الشفعة؛ لأن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يستحلف على العلم على ما مر.

وإن كان يريد الكتابة على قول محمد - رحمه الله - يكتب: وإن فلانًا ليس شفيعها بالدار التي حدودها[٨] ولا فيما[٩] ادعى من طلب الشفعة وإن كان للمدعي بينة يكتب قال: المدعي فلان هذا الذي حضر للقاضي للاستماع[١٠] من بينته على دعواه سأل وأجابه القاضي إلى ذلك، وأحضر[١١] عدة من الشهود منهم رجل ذكر

(١) في ح: إلى.
(٢) سقط في ح.
(٣) زاد في ح: عليه.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ح.
(٦) في أ: منها.
(٧) في أ، ح: بما.
(٨) في أ: حدها.
(٩) في أ، ح: بما.
(١٠) في أ: للاستعمال.
(١١) في ح: فأحضر.

أنه فلان، و[رجل][١] ذكر أنه فلان ورجل ذكر أنه فلان يعرفهم القاضي بالاسم والنسب والحلية وبما يعرفون به من التجارة، ثم يكتب: فشهد هؤلاء الذين حضروا أن الدار التي [بموضع كذا وحدودها كذا وكذا كما ذكره هذا المدعي بجوار هذه الدار التي][٢] بيعت في موضع كذا حدودها كذا على ما ذكره المدعي ملك هذا المدعي [الذي][٣] حضر لم تزل عن ملكه ويده قبل أن يشتري المدعى عليه هذا هذه الدار [المحدودة][٤]، الموصوفة في هذا الكتاب وإلى هذا اليوم لا يعلمون خروجها عن ملك المدعي هذا، المذكور فيه وإن ذكر الشهود ملك المدعي على الثبات[٥]، فإن قالوا: لم يزل[٦] هذا الشراء إلى[٧] يومنا هذا عن ملكه وإن هذا المدعي أحق بشفعته هذه الدار المشتراة بحكم الجوار [بالدار][٨] التي حددناها ووصفناها فذلك حسن أيضًا.

وإن أشاروا إلى محضر الدعوى فقالوا: إن [هذه][٩] الدار التي بين وصفت حدودها وموضعها في محضر هذه الدعوى وأشاروا إلى محضر الدعوى، كفاهم؛ لأن الإضافة والإشارة إلى محضر الدعوى كأنهم اعتادوا[١٠] ذلك في لفظة الشهادة، فبعد ذلك ينظر: إن كان المدعى عليه مقرًّا أن المدعى عليه طلب المواثبة، والإشهاد على وجه لا حاجة إلى إقامة البينة عليه، ولو أنكر طلب المواثبة وطلب الإشهاد يكتب: شهدوا أيضًا أن فلانًا المدعي هذا حين أخبر بشراء هذه الدار التي ادعى أنه

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: البتات.
(٦) زاد في ح: قبل.
(٧) في أ، ح: وإلى.
(٨) سقط في أ، ح.
(٩) سقط في ح.
(١٠) في ح: أعادوا.

أحق بشفعتها المحدودة في هذا الكتاب وعلم به في يوم كذا من شهر كذا ومن سنة كذا، طلب الشفعة بهذه الدار من غير لبث ولا مكث، ثم ذهب إلى المشتري هذا إن كان هو أقرب إليه من الدار المشتراة من غير تأخير ولا تقصير وطلب منه الشفعة ثانيًا، وأشهدنا على طلب الشفعة لهذه الدار المحدودة الموصوفة [فيه][(١)]، وأنه اليوم ثابت دائم على شفعته، وأنه أولى بهذه الدار من هذا المدعى عليه لشفعته فيها.

وإن أنكر المدعى عليه الشراء والقبض، وأقر بما سوى ذلك من جواره وشفعته، وطلب الشفعة الطلبين، يحتاج الشفيع إلى إثبات الشراء والقبض عليه، [وله][(٢)] ذلك لأنه سبب حقه أو بعض سبب حقه، فالشفعة تثبت بالشراء، أو بالشركة مع الشراء على ما ذكرنا، والإنسان يملك إثبات سبب حقه كما يملك إثبات حقه، فيكتب في المحضر: سأل القاضي فلان، فلانًا المدعى عليه كما ادعاه عليه فلان من هذه الدعوى الموصوفة في هذا الكتاب من الشراء والقبض وغير ذلك، فأنكر فلان الشراء والقبض على ما[(٣)] ادعاه المدعي، فسأل فلان المدعي القاضي الاستماع من شهوده على[(٤)] دعواه، فالقاضي أجابه إلى ذلك، فأحضر من الشهود فلانًا وفلانًا، فشهدوا أن فلان بن فلان المدعى عليه، هذا الذي أحضره المدعي هذا معه اشترى من فلان بن فلان الفلاني الدار التي حدودها كذا، بحدودها وحقوقها بكذا درهمًا وزن سبعة، وأنه قبض هذه الدار المحدودة فيه، وأنها اليوم في يده، فإن هذا المدعي أحق بها بشفعته بداره التي بجنب هذه الدار المحدودة في هذا الكتاب، وإن أنكر المدعى عليه أن يكون المدعي طلب الطلبين وأقر بما سوى ذلك فإن القاضي يسأل المدعي متى علمت بالشراء؟ فإن أبهم، وقال: طلبت منذ علمت، [فالقول

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) زاد في ح: ذكرنا.
(٤) في أ: و.

قوله مع يمينه، وإن قال: علمت بالشراء يوم كذا، وطلبت الشفعة حين علمت][(١)]، وقال المشتري: لم تطلب، فالقول قول المشتري.

وزفر فرق بين ما أبهم وقت العلم وبين ما بين.

والفرق: أن الجهل في الآدمي أصل والعلم عارض، فإذا قال: علمت وطلبت كما علمت، فعلمه عند القاضي [إنما يظهر][(٢)] للحال، وقد وجد منه الطلب للحال فيصدقه، وإذا قال: علمت وقت كذا فقد ظهر عند القاضي علمه بالشراء في زمان ما مضى، ولم يثبت طلبه في ذلك الوقت؛ لأن إقراره لا يصلح حجة على غيره، فكان القول قول المشتري؛ لأنه منكر وجود الطلب في زمان سابق، والقول قول المنكر.

ثم إذا بين المدعي مدة الطلب، وقال: علمت منذ شهر وطلبت الطلبين، طلب المواثبة، وطلب تقرير على وجه، فالقاضي يقول: لم تركت خصومتك، فإن قال: إن القاضي كان غائبًا عن المصر، فإن ذلك معروف، فالقاضي يعذره في ذلك؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فيعذره، وإن كان القاضي في البلد في تلك المدة[(٣)] فإن القاضي لا يعذره في ذلك على قولهما، وعليه الفتوى.

وإن بين مدة قريبة، بأن قال: علمت بالشراء منذ عشرة أيام، وطلبت حين علمت، وقال المشتري: لم يطلب حين علم، فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة. وإن لم يكن للشفيع بينة حلف المشتري على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير.

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن ادعى الشفيع الطلب مطلقًا يحلف المشتري على العلم، وإن ادعى أني جئت إلى المشتري وطلبته بالتسليم وقلت له: سلم الدار إلي، فإن قال المشتري: لم يطلب، يحلف على البتات؛ لأنه يحلف على

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في أ: أنها نظير.
(٣) في أ، ح: البلدة.

أمر جرى بينه وبين الشفيع، فيكون التحليف [على البتات؛ لأنه يحلف على أمر جرى بينه وبين الشفيع][(١)].

وإن قال الشفيع للقاضي: لي بينة، فاسمع من شهودي، أجابه القاضي إلى ذلك.

فيكتب في المحضر: فدعاه القاضي بالبينة على ذلك، فأحضر من الشهود فلانًا وفلانًا أسماهم ونسبهم ويعرفهم بما يعرفون به من التجارة فشهدوا[(٢)] أن فلانًا المدعي لما علم بجريان البيع بين المشتري المدعى[(٣)] عليه هذا وبين بائعه[(٤)] فلان في الدار المشفوعة المحدودة الموصوفة في هذا المحضر في يوم كذا طلب المواثبة من غير لبث، ثم ذهب إلى المشتري المدعى عليه إن كان هو أقرب إليه من غير تأخير وطلب الشفعة ثانيًا بحضرته وأشهد على ذلك وأنه اليوم ثابت قائم على شفعته، فإنه أحق بهذه الدار المشتراة بسبب هذه الشفعة من المشتري المدعى عليه هذا.

فإن قال المشتري: إنه [علم][(٥)] قبل هذا الوقت الذي طلب الشفعة، ولم يطلب، فالقول قول المشتري، وإن أنكر المدعى عليه جميع ذلك بأن قال: لا شفعة له قبلي، فالقول قوله، ويسأل القاضي المدعي: هل له بينة على ما يدعي؟ فإن قال: لا بينه لي، وطلب يمين المدعى عليه، حلفه القاضي؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإن أنكر يستحلف كما في سائر الدعاوى، ثم القاضي يحلفه على السبب بالله ما اشتريت الدار التي بين حدودها ووصفها في هذا الدعوى، ولا يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا قبلك شفعة من الوجه الذي ادعى، وإنما يحلف على السبب نظرًا للمدعي؛ لأن الدعوى في الشفعة سبب للجوار، وبين العلماء اختلاف ظاهر

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: يشهدوا.
(٣) في أ: والمدعى.
(٤) في ح: تابعه.
(٥) سقط في أ.

في استحقاق الشفعة بالجوار، فلو حلفناه على الحاصل ربما يتناول قول من لا يرى استحقاق الشفعة بالجوار، فلا يحنث في يمينه فيتضرر به المدعي.

فإن قيل: كما أن في التحليف على الحاصل ضرر المدعي، ففي التحليف على السبب ضرر المدعى عليه بجواز أنه اشترى ولا شفعة للشفيع بأن سكت عن الطلب أو سلم الشفعة.

قلنا: القاضي لا يجد بدًا من إلحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي بالنظر له ودفع الضرر عنه أولى؛ لأن السبب للشفعة [قد وجد][1] وسقوط الحق بعد وجوب سبب وجوبه إما يكون بعارض المسقط، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على خلافه.

فإن أقر المدعى عليه بالشراء والجوار إلا أنه قال: لم يطلب [المدعي][2] الشفعة حين بلغه شراء هذه الدار وطلب[3] يمين الشفيع المدعي، ذكر في كتاب الاستحلاف أن القاضي يحلفه بالله لقد طلبت شفعة هذه الدار وأشهدت على ذلك بحضرة المشتري أو الدار.

قيل: إنما يستقيم هذا إذا ادعى المدعى عليه أنه بلغه خبر الشراء وهو بملأ من الناس، فأما إذا لم يكن عنده من يشهده [على شفعته لا يلزمه الإشهاد وبترك الإشهاد لا تبطل شفعته.

وإذا أقر المدعي أنه لم يكن عنده من يشهده][4] حين بلغه خبر الشراء فالقاضي يحلفه بالله: لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشراء، وخرجت إلى الشهود حين قدرت فطلبتها مرة أخرى عند حضرة المشتري أو الدار، وأشهدت عليه.

---

(١) في ح: وقد وجدوا.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) في ح: وطلبت.
(٤) سقط في ح.

وإن ادعى الشفيع أنه بلغه الخبر [ليلًا][١]، وأنه طلب الإشهاد حين أصبح فإنه يحلف بالله ما بلغه شراء الدار إلا في الوقت الذي يدعي، وأنه طلب الشفعة وأشهد عليه[٢] حين أصبح.

ولو كان المدعى عليه حين أنكر جميع ما ادعاه المدعي، وحلفه القاضي، ونكل يكتب في المحضر بعد جواب الإنكار من المدعى عليه: فسأل فلان المدعي القاضي أن يحلف المدعى عليه، وإنما يذكر سؤال المدعي ذلك؛ لأن استحلاف المدعى عليه لحق المدعي، وحق الإنسان لا يوفى بدون طلبه، ثم يكتب: فحلف القاضي فلانًا المدعى عليه، على ما ادعى عليه فلان ولم يحلف فعرض عليه القاضي اليمين ثلاث مرات، و[أعلمه][٣] أنه [إن][٤] لم يحلف ألزمه القضاء بنكوله عن اليمين، فلم يحلف، وإنما يذكر عرض اليمين ثلاث مرات تحرزًا عن قول الخصاف - رحمه الله - فإنه يقول: إنما يجوز القضاء بالنكول إذا عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ويعلمه في كل مرة أنه إن لم يحلف بعد العرض ثلاثًا يقضي عليه بنكوله، ثم يكتب: فألزم القاضي فلانًا المدعى عليه ما ادعى عليه وسمى ووصف[٥] في الكتاب وقضى بذلك عليه بنكوله تبين ذلك؛ لأن القضاء بالنكول يخالف القضاء بالبينة.

* * *

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في ح: عليها.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: ووصفه.

ومما يتصل بهذه المسائل: [القاضي][(١)] إذا قضى للشفيع يقول له: هات الثمن، وخذ الدار، وهذا؛ لأن القضاء بالشفعة للشفيع لدفع ضرر المشتري عنه ولا يجوز [إلا][(٢)] إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري أولًا ثم يأخذ الدار، ولأن الشفيع من المشتري ينزل منزلة المشتري من البائع، ثم المشتري لا يقدر على قبض المبيع ما لم ينقد الثمن كذا هاهنا هكذا ذكر في الأقضية، وهذه إشارة إلى أن القاضي يقضي للشفيع بالشفعة قبل أن يحضر الثمن، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرحه.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يحضر الثمن، فصار عن أبي حنيفة - رحمه الله - في المسألة روايتان.

وفي شرح الطحاوي قال: لا ينبغي للقاضي أن يقضي للشفيع بالشفعة حتى يحضر الثمن، وإن قضى لا ينقض قضاؤه، ولكن للمشتري أن يحبس الدار حتى ينقد الشفيع الثمن، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وعلى قول محمد: لا يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن، فإن قال الشفيع: ليس عندي الثمن أحضره اليوم، أو قال: غدًا، أو ما أشبه ذلك، فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ويبطل حقه في الشفعة.

فرق بين هذا وبين المشتري مع البائع، فإن المشتري إذا لم يدفع الثمن إلى البائع في الحال وماطله في ذلك لا يبطل الشراء.

والفرق: أن البائع لما أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضر بنفسه على اختيار فلا ينظر [له][(٣)] بإبطال ملك المشتري، وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع، وأما المشتري [هاهنا][(٤)] لا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ، ح.

وصول الثمن [إليه بل][١] الشفيع يملك عليه كرهًا دفعًا للضرر عن نفسه، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا قال: ليس عندي الثمن وأحضره غدًا.

فإن قال: الثمن عند صيرفي فاذهب معي حتى أعطيك، أو قال: الثمن في بيتي فأذهب وأجيء بالثمن فإن القاضي يمهله هذا المقدار؛ لأنه لا يمكنه أن يحضر الثمن مع نفسه؛ لأنه لا يدري أن القاضي هل يقضي له أم لا فيصير هذا القدر عفوًا بخلاف ما زاد عليه، وإذا رفع الشفيع الأمر إلى القاضي وطلب منه أن يقضي فهذا على وجهين:

إن كانت الدار في يد البائع، فالقاضي لا يسمع خصومته ولا يقضي له بالشفعة إلا بحضرة البائع والمشتري؛ لأن اليد للبائع والملك للمشتري، فكان القضاء للحقين، فلا بد من حضرتهما.

وإن كانت الدار في يدي المشتري فالخصم هو المشتري وحده، فيشترط حضرته، ولا يشترط حضرة البائع؛ لأنه ليس له ملك ولا يد، فكان كالأجنبي.

فإن أخذ الدار من المشتري فعهدته وضمان ماله على [المشتري، وإن أخذها من البائع ودفع الثمن إليه فعهدته وضمان ماله على][٢] البائع عندنا؛ لأن بالأخذ [من البائع][٣] ينفسخ البيع الذي جرى بين البائع والمشتري ويقع التملك على البائع هو المذهب عند علمائنا - رحمهم الله -.

ومعنى انتقاض البيع فيما بين البائع والمشتري [الانتقاض في حق الإضافة إليه فإن قول البائع للمشتري][٤] بعت هذه الدار إيجاد[٥] البيع، وقوله: (منك) إضافة إليه،

---

(١) في أ: يد.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: اتحاد.

فإذا أخذها الشفيع بالشفعة ينفسخ على المشتري فصار ذلك البيع مضافًا إلى الشفيع بعد أن كان مضافًا إلى المشتري وانتقضت الإضافة إلى المشتري، ونظيره في المحسوسات: من رمى سهمًا إلى رجل فتقدم عليه غيره وأخذ السهم فالرمي في نفسه لم ينقطع، ولكن التوجه إلى الأول قد انقطع بتخلل هذا.

وكتبت في شفعة الجامع: أن المشايخ اختلفوا في أن الشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة أنه يتملكها بعقد جديد، أو بتحويل الصفقة التي جرت بين البائع والمشتري إلى الشفيع، عامتهم على أنه يمتلكها بعقد جديد، وقد ذكر محمد - رحمه الله - مسائل تؤيد قول العامة، من جملة ذلك: إذا اشترى دارًا قد رآها قبل الشراء فليس له فيها خيار الرؤية، فإن كان للدار شفيع فأخذها بالشفعة فله خيار الرؤية، فقد أثبت محمد - رحمه الله - خيار الرؤية للشفيع في هذه الصورة.

فلو كان الطريق طريق تحول تلك الصفقة إلى الشفيع لكان لا يثبت للشفيع خيار الرؤية، إذا لم يثبت [خيار الرؤية للمشتري ألا ترى إلى الموكل بالشراء يملك المشترى بطريق تحول الصفقة من الوكيل إليه لا يثبت خيار الرؤية للموكل إذا لم يثبت][1] للوكيل بأن كان الوكيل قد رأى المشترى قبل الشراء، وهنا لما ثبت الخيار للشفيع علمنا أنه يتملك الدار بعقد جديد.

وقال - أيضًا-: رجل اشترى من آخر دارًا على أن البائع بريء عن كل عيبها حتى جاز البيع عندنا، ثم حضر الشفيع الدار فأخذها بالشفعة واطلع على عيبها، كان له أن يردها على من أخذ الدار منه، ولو كان الطريق طريق تحول تلك الصفقة، لما ثبت له خيار العيب علم أنه يملك الدار بعقد جديد جرى بين الشفيع وبين البائع، وهذا البيع لم يتغير بالشرط فأفاد مقتضاه وهو صفة السلامة.

والصحيح أنه ينتقض ذلك البيع بأخذ الشفيع الدار من البائع يفوت القبض المستحق للمشتري بحكم ذلك البيع فواتًا لا يرجي عوده، وفوات القبض المستحق

---

(١) سقط في ح.

بالبيع بهذه الصفة يوجب انتقاض ذات البيع كما لو هلك المبيع [قبل القبض وإذا انتقض ذلك عاد المبيع إلى ملك البايع فيصير الشفيع متملكًا المبيع][١] على ملك البايع فتكون العهدة على البائع.

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله: أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى القاضي للشفيع بحضرتهما، فإنه يقبض الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري وعهدته على [المشتري وإن كان لم ينقد الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع وعهدته على][٢] البائع.

فلو أن الشفيع في هذه الصورة وجد بالدار عيبًا فردها على البائع أو على المشتري بقضاء القاضي فأراد المشتري أن يأخذها بشرائه، [صح له ذلك][٣]، وإن أراد البائع أن يردها على المشتري بحكم ذلك الشراء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها وإن [شاء][٤] تركها.

من فعل القضا الذي أحدث[٥] الشفيع فيها: فإن أخذ الشفيع الدار من المشتري وأراد أن يكتب كتابًا على المشتري ليكون وثيقة للشفيع على المشتري، له ذلك، ويحكي في الكتاب: وشراء المشتري أولًا ثم يرتب الأخذ عليه بالشفعة؛ لأن الشفعة تثبت فيما يملك بجهة الشراء فيحكي شراء المشتري أولًا حتى لا ينكر المشتري ملكه من جهة بائعه بالشراء يومًا من الدهر، ويأخذ الشفيع من المشتري كتاب شرائه الذي كتب على بائعه، فإن أبى المشتري أن يدفع ذلك إليه فله ذلك؛ لأن الكاغدة ملك المشتري، ولكن ينبغي للشفيع أن يحتاط لنفسه فيشهد قومًا على تسليم المشتري الدار إليه بالشفعة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في أ، ح: حدث.

فإن كان الشفيع أخذ الدار من البائع يكتب كتابًا على البائع على نحو ما يكتب لو أخذه من المشتري ويكتب في هذا الكتاب إقرار المشتري أنه سلم جميع ما في هذا الكتاب وأجازه وأقر أنه لا حق له في هذه الدار ولا في ثمنه.

وإذا وقع المشترى بثمن مؤجل إلى السنة مثلاً فحضر الشفيع فطلب الشفعة وأراد أخذها إلى ذلك الأجل، فليس له ذلك إلا برضى المأخوذ منه ويقول القاضي له: إذا لم يرض المأخوذ منه إما أن ينقد الثمن حالًا أو يصبر حتى يحل الأجل، فإن نقد الثمن حالًا وكان الأخذ من البائع سقط الثمن عن المشتري، وإن نقد الثمن [حالًا][1] وكان الأخذ من المشتري يبقى الأجل في حق المشتري على حاله حتى لا يكون للبائع ولاية المطالبة من المشتري قبل أن يحل الأجل فإن صبر حتى حل الأجل فهو على شفعته.

ولكن ينبغي أن يطلب الشفعة في الحال على ما هو ظاهر الرواية.

وهذا كله إذا كان الأجل معلومًا، فأما إذا كان مجهولًا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وآخذها، لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد. فإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة، وضرب له أجلاً، وقال له: إن [لم][2] تأت بالثمن إلى وقت كذا، فلا شفعة لك، فلم يأت به بطلت شفعته، وكذا إذا قال المشتري ذلك للشفيع.

فإن جاء بالدنانير والثمن دراهم، وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا تبطل شفعته، وبعضهم توقف في الجواب، فتبين أنه لا تبطل شفعته.

وكذلك إذا قال الشفيع: إذا لم أعط الثمن إلى وقت كذا، فأنا من الشفعة [بريء][3]، فهو صحيح فيبطل حقه إن لم[4] يعط الثمن إلى ذلك الوقت في

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: لو.

القدوري.

في المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله -: أن قول الشفيع: لا حق لي عند فلان براءة عن الشفعة.

وإن وقع الشراء بالجياد ونقد المشتري الزيوف، فالشفيع يأخذ الجياد، وأجناس هذا في شفعة واقعات الناطفي.

وإذا وقع الشراء بما له مثل نحو المكيل والموزون وما أشبهه فالشفيع [يأخذ بمثله من جنسه.

وإن وقع بما هو من ذوات القيمة فالشفيع][(١)] يأخذ بقيمة ذلك الشيء، ثم يعتبر قيمته وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة، الدليل عليه ما ذكره شيخ الإسلام في شفعة الكافي: إذا اختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض يوم الشراء فإن كان العرض قائمًا يقوم العرض للحال فيجعل القول قول من يشهد له القيمة للحال.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - هذه المسألة أيضًا، فقال: إن كان قائمًا يقوم للحال فتبين بقيمته في الحال قيمته عند العقد، وإن كان هالكًا فالقول فيها قول المشتري، هذه الجملة في باب الشفعة بالعروض.

الشفيع إذا تشفع إليه المشتري واستمهل شهرًا فأمهله[(٢)]، ثم رجع عن ذلك صح رجوعه في باب اليمين من أدب القاضي للخصاف - رحمه الله -.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في ح: فإنه مهلة.

الفصل الخامس

في استحقاق الشفيع كل المشترى بجوار بعضه، وفي استحقاق الشفيع بعض المشترى بجوار ما كان المشترى من جملته

قد مرت مسألتان من مسائل هذا في صدر الكتاب في فصل مراتب الشفعة.

ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله -: دار بين قوم اقتسموها وأصاب كل منهم ناحية منها معلومة إلا أن طريقهم واحد، ولرجل دار ملاصقة بنصيب بعضهم، فباع أحدهم نصيبه من رجل وسلم شركاؤه في الطريق الشفعة، فللجار الملاصق لبعض نصيب هؤلاء الشفعة في المبيع وإن لم يكن لزيقه؛ لأن الدار واحدة.

وكذلك [في][1] القرية والأرضون بين قوم شربها [من نهر خاص][2] أقضي في مثله بالشفعة، بيعت منها أقرحة متفرقة [ومجتمعة][3] ولرجل أرض ملازقة لبعض هذه الأرضين، فإني أقضي لهذا الجار الملازق بالشفعة فيما بين من جميع هذه الأرضين، وإن لم تكن ملازقة؛ لأنها أرض واحدة، ولو كانت أراضي كثيرة وفرق شربها من نهر لا أقضي في مثلها بالشفعة، فبيع من هذه الأرضين شيء فلا شفعة للجار إلا فيما يلازقه.

فرع على الفصل، فقال: ولو كان الذي بيع منها قراحان، يلي أحدهما صاحبه، وعلى كل قراح حائط محيط به، ولأحد القراحين جار ملازق فله الشفعة فيهما وإن كان الذي بيع بستانين وعلى كل بستان حائط محيط به وله باب على حدة، ولرجل أرض يلي أحد البساتين كان له الشفعة في البستان الذي يليه، ولا شفعة له في الآخر، وفرق بين البستانين وبين القراحين.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - أيضًا: الجواب في مسألة

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.

البستان بخلاف هذا فقال: له الشفعة في البستانين جميعًا، قال في هذه الرواية: ولا يشبه البستانان في القراحين(١)، والدور في الأمصار.

ولو كان لرجل دور يلي بعضها بعضًا فباعها فللشفيع [الشفعة](٢) في الدار التي يليها، قال - أيضًا - في هذه الرواية: والبستانان في المصر بمنزلة الدار(٣).

و[عنه](٤): إذا كان له داران في قرية وباعها، وأرضًا من أراضي تلك القرية معهما وله جار يلي إحدى هاتين الدارين فلهذا الجار أن يأخذ الدارين والأرض، ولو كان باع الدارين بانفرادهما، فليس للشفيع أن يأخذ منهما إلا التي تليه، وجعل بيع الدار مع الأرض بمنزلة بيع القرية وأرضها.

وعنه: رجل له بستان عليه حائط وباب، فباع بستانه وأرضين خلف البستان ولرجل قطعة أرض إلى جانب الحائط الذي على البستان، فالشفعة له في البستان والأرض المتصلة به.

وعنه: إذا كان للرجل دور، فهدمها وجعلها دارًا واحدة، وجعلها أرضًا وباعها، فللشفيع الشفعة في [جميع](٥) ذلك؛ لأنها صارت واحدة.

هشام قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن حوانيت ثلاثة يلي بعضها بعضا، وباب كل واحدة إلى الطريق الأعظم، ولرجل إلى جنب حانوت منها حانوت فبيعت الحوانيت الثلاثة، فجاء الشفيع يطلب الشفعة، قال: فله الشفعة في ذلك كلها، قال: وهي بمنزلة البيوت في دار واحدة.

قلت: فإن باع صاحب الحوانيت حانوتًا واحدًا بأن باع الأوسط منها وهو لا يلي حانوت ذلك الرجل.

قال: له أن يأخذه بالشفعة.

---

(١) في ح: الفرا.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: الدور.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.

صورة مسألة البيوت في دار واحدة: رجل له بيتان في دار [يلي أحد البيتين الآخر ولا طريق لهما إلا في الدار ويلي أحد البيتين دار][١]، رجل فباع [صاحب][٢] البيتين [البيتين][٣]، فلصاحب الدار [أن][٤] يأخذهما جميعًا ولو كان البيتان متفرقين، أحدهما في ناحية من الدار، [والآخر في ناحية أخرى من الدار][٥]، ولا يلي أحدهما الآخر فباع صاحب البيتين البيتين، فإن [الشفعة][٦] للشفيع في البيت الذي يليه دون الآخر.

[قال هشام - أيضًا-: سألت محمدًا - رحمه الله - عن دار فيها بستان، وطريق البستان في هذه الدار ليس للبستان طريق آخر وعلى الدار والبستان حائط واحد محيط بهما، فباع الدار والبستان صاحبهما، قال: هما بمنزلة الدارين من يلي البستان فله الشفعة في البستان دون الدار، ومن يلي الدار فله الشفعة في الدار دون البستان][٧].

قال هشام - أيضًا-: سألت محمدًا - رحمه الله تعالى - عن عشرة أقرحة متلازقة لرجل يلي واحد منها أرض إنسان، يبيع الأقرحة العشرة، فللشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة؛ لأن كل قراح على حدة وإن لم يكن بينها[٨] طريق، وكذلك لو كانت قرية خالصة لرجل باعها بدورها وكرومها وأراضيها[٩] وناحية منها تلي أرض إنسان فالشفيع يأخذ القراح الذي يليه.

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في أ، ح.
(٦) سقط في ح.
(٧) سقط في ح.
(٨) في ح: بينهما.
(٩) في ح: وأرضها.

الفصل السادس

فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشترى وترك الباقي

يجب أن يعلم أن الروايات اتفقت عن أصحابنا - رحمهم الله - أن المشتري إذا كان واحدًا، أو[1] البائع إذا كان واحدًا، وقد اشترى الدار صفقة واحدة أنه ليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض دفعًا للضرر عن المشتري، يعني به ضرر عيب الشركة[2].

---

(١) في ح: و.

(٢) قال الشيخ الإبياني: الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع دون بعضه؛ لما في ذلك من إلحاق الضرر على المشتري بتفريق الصفقة عليه، فيتضرر زيادة على الضرر بالأخذ منه بعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررًا زائدًا سوى الأخذ منه، ولكن لو اشترى جماعة عقارًا بعقد واحد أو بعدة عقود، فله أخذ نصيب أحدهم، وترك الباقي. وفي هذه الحالة يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده على الصحيح إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد الثمن حتى ينقد الجميع؛ كي لا يؤدي ذلك إلى تفريق اليد على البائع؛ لأنه بالأخذ صار كواحد منهم، فله حبس كل المبيع حتى يأخذ الثمن بتمامه، بخلاف ما لو باع جماعة لواحد، فإن الشفيع ليس له أخذ نصيب أحد البائعين؛ لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، وقد تقدم أنه لا يجوز. فإذا طلب الشفيع بعض العقار المبيع، وكان قطعة واحدة والمشتري واحدًا، لا يجاب إلى ذلك؛ لأن الشفعة لا تقبل التجزئة.

ينظر: المبسوط (١٤/ ١٠٤)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٢٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٩٠)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٤٨٣)، المقنع (٢/ ٢٦٣)، منتهى الإرادات (١/ ٥٢٩).

وقال الشيخ الإبياني: لا تقبل الشفعة التجزئة، فالشفيع يلزمه أن يطلب جميع العقار الذي له عليه حق الأخذ بالشفعة؛ لأنه حقه والقسمة للمزاحمة؛ فلو كانت دار مشتركة بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه لأجنبي وطلب أحد الشريكين نصف ما بيع بناء على أنه يستحقه فقط بطلت شفعته؛ لوجود إعراضه عن بعض حقه، فيبطل البعض الآخر لعدم التجزئة. ولأنه يجوز ألا يطلب الآخر فيلزم على أخذه النصف دفع ضرر الشفيع بضرر أزيد، وهو لا يجوز، وليس للشريك الثاني أن يطلب النصف؛ بل يطلب الكل، أو يترك، ولو طلب النصف بطل حقه أيضًا كما سبق.

ينظر: المبسوط (١٤/ ١٠٤)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٢٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٩٠)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٤٨٣)، المقنع (٢/ ٢٦٣)، منتهى الإرادات (١/ ٥٢٩).

وإن كان المشتري واحدًا، والبائع اثنين أو ثلاثة وقد اشترى الدار صفقة واحدة، فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد [البائعين دون الآخر، وإن كان المشتري اثنين أو ثلاثة، والبائع واحدًا، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد](١) المشتريين [أيهما شاء بما قام عليه سواء قبل القبض أو بعده](٢).

والفرق: أن المشتري إذا كان اثنين فليس في نصيب أحدهما ضرر عيب الشركة لا على المشتري ولا على البائع، [أما على المشتري فلأن الشفيع يأخذ تمام نصيبه، وأما على البائع](٣)؛ لأن أحد النصفين يصير للشفيع والنصف الآخر يبقى للمشتري الآخر، فأما إذا كان البائع اثنين والمشتري واحدًا، ففي أخذ الشفيع نصيب أحد البائعين ضرر عيب الشركة [له](٤) على المشتري في الباقي بخلاف(٥) ما لو [كان البائع اثنين و](٦) اشترى [المشتري](٧). نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن كان المشتري يلحق [به ضرر](٨) عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا المعيب حيث [اشترى](٩) نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة.

قال القدوري في شرحه: وقد روي عن بعضهم بخلاف هذا فإنه روي عنهم: أن البائع إذا كان اثنين فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد الباقيين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشتري(١٠) نصيب أحدهما بعد(١١) القبض؛ لأن قبل القبض التملك على

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ح: خلاف.
(٦) سقط في أ، ح.
(٧) سقط في أ، ح.
(٨) سقط في أ، ح.
(٩) سقط في أ، ح.
(١٠) زاد في ح: ليس له أن يأخذ.

البائع وقد أخذ جميع ما أخذ[١] عن ملكه وبغد القبض التملك يقع على المشتري فيلحقه ضرر عيب الشركة في الباقي.

وروي عنهم: أن المشتري إذا كان اثنين، لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن التملك يقع على البائع فيفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن التملك يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه.

قال القدوري - رحمه الله - وسواء سمي لكل نصف ثمنًا أو كان الثمن جملة واحدة والعبرة لاتحاد الصفقة دون الثمن، وكذلك لو كان الشراء بوكالة [فوكل رجل][٢] رجلين فاشتريا كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن[٣] كان الموكل رجلين والوكيل واحدًا لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الوكيلين.

والحاصل: أن في ظاهر الرواية ينظر في هذه المسائل إلى المشتري، فإن كان المشتري واحدًا اشترى الدار لنفسه أو لجماعة بتوكيلهم إياه والبائع واحد، وقد اشترى بصفقة واحدة فليس للشفيع إلا أن يأخذ الكل أو يدع الكل.

ولو كان المشتري جماعة اشتروا لأنفسهم أو لواحد بتوكيله إياهم بصفقة واحدة أو متفرقة فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم.

ولو كان المشتري واحدًا، والبائع اثنين فطلب الشفيع نصيب أحدهما [مع][٤] أنه ليس له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر هل يكون على شفعته؟ ذكر في آخر شفعة الأصل: أنه على شفعته.

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله -: هذا الجواب محمول على [أنه][٥] ما إذا وجد منه طلب المواثبة، وطلب الإشهاد في الكل، ثم أراد أن يأخذ نصيب أحدهما؛

---

(١١) في أ، ح: قبل.
(١) في أ: خرج.
(٢) في أ: ليوكل.
(٣) في ح: فإن.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.

لأن ترك طلب التمليك في النصف لا يدل على تركه في الكل، وتركه في الكل لا يبطل شفعته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أصلاً، وعندهما: إلى شهر، وهو[(١)] المختار ففي النصف أولى.

وأما إذا طلب طلب المواثبة وطلب الإشهاد في النصف تبطل شفعته؛ لأنه اجتمع ما يوجب بطلان شفعته، وما يمنع بطلانها؛ لأن طلب الشفعة في النصف طلب في الكل؛ لأنها لا تتجزأ، فقد وجد الطلب في الكل من هذا الوجه، وإنه يوجب بقاء شفعته وترك الطلب في البعض [يوجب][(٢)] ترك الطلب في الكل؛ لأنها [لا][(٣)] تتجزأ، وإنه يوجب بطلان شفعته في الكل، فكان حقه في الشفعة بين القائم والساقط فلا يصح التمليك، وإنه غير ثابت؛ لأن غير الثابت لا يثبت بالشك.

وقال بعضهم: هذا الجواب على إطلاقه، وإذا طلب طلب المواثبة والإشهاد في النصف لا تبطل شفعته؛ لأنه وجد ما يوجب بقاء شفعته وما يوجب بطلانها وإنها كانت ثابتة فلا تبطل بالشك.

وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما [واحد][(٤)]، وأراد أن يأخذ أحدهما دون الآخر، فليس له ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضهما وهو شفيع ذلك كله [بأرض واحدة أو بأرضين أو بدار واحدة أو بدور][(٥)]، فإنما له أن يأخذ جميع ذلك أو يدعه، وسواء كانت الداران متلازقين في مصرين أو قريتين بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة في آخر شفعة الكافي.

ونص على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في مثل هذه المسألة في الشفعة للحسن بن زياد - رحمه الله -.

---

(١) في أ: وهما.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) سقط في أ، ح.

وإن كان الشفيع شفيعًا لأحدهما وقد [وقع][(١)] البيع صفقة واحدة، ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أنه يأخذ الدار التي هو شفيعها في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - [رواية شاذة: أنه ليس له ذلك إما أن يأخذها أو يتركها وعلى هذه الرواية قال أبو حنيفة][(٢)]: لو اشترى المشتري الدار مع متاع فيها صفقة واحدة، فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولًا: له أن يأخذهما جميعًا أو يدع، [ثم رجع][(٣)] وقال: لا يأخذ واحدة منهما، ثم رجع، وقال: يأخذ التي هو شفيعها خاصة وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وفي الشفعة للحسن بن زياد رحمه الله: في مثل هذه المسألة أن الشفيع يأخذ الكل أو يدع الكل وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، [وقد ذكرنا قول أبي يوسف][(٤)] قبل هذا في القراحين والبستان، وقد ذكرنا قول محمد في الأقرحة والحوانيت.

* * *

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في أ.

الفصل السابع
في الدار إذا بيعت وله شفعاء

وإذا كان للدار شفيعان، فسلم أحدهما، فإن كان قبل قضاء القاضي بالشفعة بينهما نصفين، أخذ الآخر كل الدار، أو ترك ليس له غير ذلك.

يجب أن يعلم أن الشفعاء إذا اجتمعوا فحق كل واحد قبل الاستيفاء والقضاء ثابت في جميع الدار، حتى إنه إذا كان للدار شفيعان سلم أحدهما الشفعة قبل الأخذ وقبل القضاء، كان للآخر أن يأخذ الكل؛ لأن قبل الاستيفاء والقضاء وجد في حق كل واحد منهما سبب ثبوت حق الشفعة في كل الدار وأمكن الجمع بينهما؛ لأن الجمع بينهما ليس إلا كالجمع بين الحقين في عين واحدة كاملاً، لفائدة أن أحدهما متى ترك [الأخذ][1] أخذ الآخر الكل، وهذا جائز كما لو رهن داره من رجلين فإنه يصير راهنًا كل العين من كل واحد منهما بجميع دينه حتى لو قضى دين أحدهما كان للآخر أن يحبس الكل بدينه.

وبعد الاستيفاء وبعد القضاء يبطل حق كل واحد منهما عما قضى به لصاحبه حتى إنه إذا كان للدار شفيعان وقضى القاضي بالدار بينهما ثم سلم أحدهما نصيبه، لم يكن للآخر أن يأخذ الجميع، وهنا؛ لأن القاضي لما قضى بالدار بينهما صار كل واحد منهما مقضيًّا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطلت شفعته فيما قضى به لصاحبه صورة[2].

وإذا كان بعض الشفعاء أقوى من البعض فقضى القاضي بالشفعة للقوي بطل حق الضعيف حتى إنه إذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء [له][3]، كان للجار أن يأخذ الشفعة، ولو قضى القاضي بالدار للشريك ثم سلم الشريك الشفعة فلا شفعة للجار.

---

(١) سقط في ح.
(٢) في أ: صورته.
(٣) سقط في أ.

وإذا حضر بعض الشفعاء وغاب البعض فللشفيع الحاضر أن يأخذ كل الدار؛ لأن حق الحاضر في كل الدار ثابت بصفة التأكد؛ لأن تأكد الشفعة بالطلب، وقد وجد الطلب من الشفيع الحاضر وحق الغائب لم يتأكد بعد، والحق المتأكد لا يؤخر لحق غير متأكد ومتى وقع الاستيفاء من الحاضرين فإنما يبطل إذا[(١)] لو كان حاضرًا، أما الزيادة فلا.

حتى إنه إذا كان للدار شفيعان أحدهما حاضر والآخر غائب وقضى القاضي للحاضر بكل الدار، كان للغائب أن يأخذ النصف.

وإذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض، لم يصح الجعل وسقط حقه وقسمت على عدد من بقي؛ لأن نقل الحق في الشفعة لا يستقيم، ولكن يسقط حقه بدلالة الإعراض فبقي حق الباقين.

وإذا قضى القاضي للحاضر بكل الدار ثم حضر آخر وقضى له بالنصف ثم حضر آخر قضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما حتى يصير مساويًا لهما، فإن قال الذي قضى له [بكل الدار][(٢)] أولا للثاني[(٣)]: أنا أسلم لك الكل فإما أن تأخذ الكل أو تدع، فليس له ذلك، وللثاني[(٤)] أن يأخذ النصف هكذا ذكره القدوري - رحمه الله -.

ولو كان الشفيع الحاضر [لم][(٥)] يأخذ الدار من المشتري بالشفعة لكن اشترى الدار منه، ثم حضر الغائب إن شاء أخذ الدار كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني.

أما بالبيع الأول فلأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة لما أقدم على الشراء وخرج من البين فكان للآخر أن يأخذ الكل.

---

(١) في أ، ح: إن.
(٢) في أ: بالدار.
(٣) في ح: الباقي.
(٤) في ح: وللباقي.
(٥) سقط في ح.

وأما بالبيع الثاني؛ فلأن الشريك المشتري أعرض عن الشفعة حيث أقدم على الشراء ومع الإعراض لا يثبت له حق الشفعة، وخرج هو من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة في البيع الثاني [إنما تثبت بعد تمام البيع الثاني][١] فلا تبطل بالإعراض قبله، والجواب وهو معرض بالشراء الثاني فلا يثبت له بسبب هذا الشراء هذا الحق مع تضمن هذا الشراء الإعراض. بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداء؛ لأن شراءه لم يتضمن إعراضًا؛ لأنه مقبل على التملك، وهو معنى الأخذ بالشفعة.

ولو كان المشتري الأول شفيعًا للدار، فاشتراه الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني؛ لأن المشتري الأول لم يثبت له حق [الشراء][٢] قبل الشراء، حتى يكون بشرائه معرضًا عنه، فبقي هو شفيعًا في البيع الأول فلا يكون للغائب بسبب البيع الأول إلا النصف، وأما العقد فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع[٣] الأول، وإذا اشترى سقط حقه عن البيع الأول ولم يتعلق بعده حق مع كونه معرضًا فكان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: البائع.

الفصل الثامن

في إنكار المشتري جوار الشفيع

في المنتقى: قال هشام: سألت محمدًا - رحمه الله - عن الشفيع إذا طلب الشفعة بدار في يديه بزعم أنها له، فقال المشتري: ليست هذه الدار لك، قال: فأخبرني أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - كان يقول: على الشفيع البينة، يعني القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يقم البينة أن الدار التي في يديه داره.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان في يديه فله الشفعة بها.

قال هشام: قلت لمحمد: ما قولك؟ قال: القياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه.

[وعن أبي يوسف رواية أخرى كما قال أبو حنيفة](١).

وفي الأجناس بين كيفية الشهادة، فقال: ينبغي أن يشهدوا أن هذه الدار التي بجوار [الدار المبيعة](٢) ملك هذا الشفيع، قبل أن يشتري هذا المشتري هذه الدار وهي له إلى هذه الساعة لا يعلمها خرجت عن ملكه، ولو قالا: إن هذه الدار [لهذا](٣) الجار لا يكفي.

وفي الحاوي: لو شهدا(٤) أن الشفيع كان اشترى هذه الدار من فلان وهي في يده أو وهبها منه وقبضها قال: يكفي، فلو أراد الشفيع أن يحلف المشتري بالله، فله ذلك، ذكر هذا التفريع في واقعات الناطفي؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه فإذا أنكر يستحلف.

بعد هذا قال محمد - رحمه الله -: يستحلف على البتات.

وقال أبو يوسف - يحلف على العلم بالله ما يعلم أن هذه الدار ملك هذا؛ لأن هذا تحليف على ملكية دار ليست في يده، وبه أخذ الصدر الشهيد.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ح: المنفعة.
(٣) سقط في ح.
(٤) في أ: شهد.

وفي المنتقى: ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمهما الله - في رجل في يديه دار أقام رجل بينة أن هذه الدار كانت في يد والده، مات والده وهذه في يده، قال: أجعلها للذي أقام البينة، فإن جاء يطلب شفعة دار إلى جنبه لم أقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على ذلك.

في آخر الباب الأول من المنتقى: دار في يدي رجل، أقر أنها لآخر فبيعت دار إلى جنبها وجاء المقر له يطلب الشفعة بإقراره الذي أقر [له][١] بها فلا شفعة له فيها، حتى يقيم البينة أن الدار داره.

وفي [الباب][٢] الثالث منه: رجل اشترى دارًا ولها شفيع فأقر الشفيع أن الدار التي له الشفعة لآخر، فإن كان سكت عن الشفعة، ولم يطلبها بعد فلا شفعة للمقر له، وإن كان طلب الشفعة فللمقر له الشفعة؛ لأن في الوجه الأول يريد أن يوجب بإقراره حقًا لم يكن، ولا كذلك في الوجه الثاني.

فقد ذكرنا في الفصول المتقدمة: أن الشريك فيما تحت الحائط من الأرض أولى بشفعة بقية الدار من الجار، فإن كل صاحب الدار أقر أن [صاحب][٣] الحائط بينه وبين هذا الرجل لم أجعل له بهذا شفعة، بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها لآخر فإنه لا يستحق المقر له الشفعة كذا هاهنا.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في إسقاط الشفعة: أن البائع إذا أقر بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار، فالجار لا يستحق الشفعة؛ لأن المشتري شريك بسهم المقر[٤] به.

وكان أبو بكر الخوارزمي يخطئ الخصاف في هذا ويفتي بوجوب الشفعة للجار؛ لأن الشركة ما تثبت إلا بإقراره، وكان يستدل بمسألة الحائط.

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) في ح: والمقر.

الفصل التاسع

في تصرف المشتري في الدار المشفوعة [قبل حضور الشفيع][(١)]

إذا اشترى الرجل دارًا، أو أرضًا وبنى فيها بناءً أو غرس غرسًا، ثم حضر الشفيع وطلب الشفعة، أمر المشتري برفع بنائه وغرسه وتسليم الساحة إلى الشفيع.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس الذي أحدث أو يترك.

والوجه لظاهر الرواية: أنه بنى على محل تعلق به حق الغير فلم يبطل حقه بتصرفه فكان له أن ينقضه كالمشتري إذا باع من غيره، أكثر ما فيه: أن في نقض البناء ضرر للمشتري إلا أن المشتري هو الذي أضر بنفسه، حيث بنى على محل تعلق به حق الغير.

وإذا اشترى أرضًا وزرعها سيأتي في فصل المتفرقات إن شاء الله تعالى.

وفي العيون: اشترى دارًا أو صنعها بأشياء كثيرة، ثم جاء الشفيع، فهو بالخيار إن شاء أخذها بالشفعة وأعطاه ما زاد فيها، وإن شاء ترك.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: وفيه نظر، فإن المشتري إذا بنى في الدار المشفوعة بناء كان للشفيع أن ينقض البناء، ويأخذ الدار، ولا يعطيه ما زاد فيها.

قيل: إن كان المذكور في العيون عن محمد - رحمه الله -: فدعوى النظر صحيح، وإن كان [عن][(٢)] أبي يوسف - رحمه الله - فدعوى النظر لا يصح.

قال: الجواب في مسألة البناء على إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - هكذا.

وقيل: يجوز أن يفرق محمد - رحمه الله - بين البناء وبين الصنع؛ لأن البناء إذا نقض لا يلحق المشتري كثير ضرر؛ لأنه يسلم له النقض[(٣)]، ولا كذلك إذا نقض

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) في أ: القبض.

الصنع[١]، فإذا جعل الدار المشتراة مسجدًا أو مقبرة ثم حضر الشفيع يقضى له بالشفعة وله أن ينقض المسجد وينبش الموتى.

يجب أن يعلم أن تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح إلى أن يحكم بالشفعة وله أن يبيع وله أن يؤاجر، ويطيب له الثمن والأجر وكذا له أن يهدم[٢] وما أشبه ذلك، من التصرفات؛ لأن نفاذ التصرف وإطلاقه يعتمد الملك وإنه ثابت للمشتري والثابت للشفيع حق الأخذ، وقبل الأخذ لا حق له في المحل أصلاً، فلهذا يجوز تصرفاته وإطلاقه فيها.

غير أن للشفيع أن ينقض كل تصرفه إلا القبض، وما كان من تمام القبض؛ ألا ترى أن الشفيع لو أراد أن ينقض قبض المشتري ليعيد الدار إلى يد البائع ويأخذها منه لا يكون له ذلك، وكذلك لا يملك نقض قسمة المشتري، حتى إن من اشترى نصف دار غير مقسوم وقاسم المشتري البائع، ثم حضر الشفيع، ليس له أن ينقض قسمته، سواء كانت القسمة بحكم أو بغير حكم؛ لأن القسمة من تمام القبض، لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص.

وذكر في واقعات الناطفي - رحمه الله -: أن القسمة إذا كانت بحكم، ففي نقض القسمة عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: والمختار أنه لا ينقض.

وإنما جاء الفرق بين القسمة والقبض وسائر التصرفات؛ لأنه ليس في القبض والقسمة[٣] إبطال حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع في الأخذ بمثل الثمن الأول، وبعد القبض والقسمة يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول، فأما سائر التصرفات ففيها إبطال حق الشفيع؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول من المشتري الأول إلا بعد إعادته إلى ملكه، ولا يمكنه إعادته إلى ملك المشتري الأول إلا بنقض تصرفاته، فإنه

---

(١) في أ: الصبغ.
(٢) في أ، ح: يحدث.
(٣) زاد في أ: يمكنه الأخذ بمثل الثمن.

لو لم يثبت للشفيع حق نقض تصرفاته يبطل حق الشفيع ضرورة.

ذكر القدوري - رحمه الله -: أن الشفيع إنما يأخذ النصف الذي أصاب المشتري إذا وقع في غير جانبه فليس له نقض القسمة.

و[في التجريد: روي عن أبي حنيفة أن الشفيع إنما يأخذ النصف الذي أصاب المشتري إذا وقع في جانب الدار المشفوع بها لأنه][(١)] لا يكون جارًا [فيما يقع في الجانب الآخر][(٢)]، فلا يستحق الشفعة.

وفي القدوري: الدار إذا كانت مشتركة بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ثم حضر الشفيع، فله أن ينقض القسمة.

في العيون: رجلان اشتريا دارًا وهما شفيعان ولهما[(٣)] شفيع ثالث فاقتسماها ثم جاء الشفيع الثالث فله أن ينقض القسمة التي اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء.

وفي فتاوى الفضلي: رجل اشترى أرضًا قيمتها مائة بمائة فرفع منها التراب وباعه بمائة، ثم جاء الشفيع وطلب الشفعة أخذ الأرض بنصف المائة، وهي خمسون؛ لأن الثمن يقسم على قيمة الأرض قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب الذي باعه، وقيمتهما سواء فيقسم الثمن عليهما نصفين، ولو كنس المشتري الأرض وأعادها على ما كانت قبل أن يحضر الشفيع، ثم حضر الشفيع، يقال للمشتري: ارفع عنها ما أحدثت[(٤)]؛ لأن ذلك ملك المشتري.

الجواب كما وصفنا من قبل.

وفي الكيسانيات: يمنع المشتري من هدم البناء وحفر البئر ونحوه.

* * *

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) في ح: ولهذا.
(٤) في أ، ح: أحدث.

الفصل العاشر
في مسائل تسليم الشفعة

قبل البيع لا يصح، وبعد البيع يصح، علم الشفيع بوجود الشفعة أو لم يعلم، وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم بعلم؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط حق؛ ألا ترى أنه يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق، أما لا يعتمد علم المسقط إليه ولا علم المسقط كالعتاق والطلاق، ثم تسليم الشفعة لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يسلم الشفعة على مال[١] سوى الدار التي وجب فيها الشفعة، وفي هذا الوجه: التسليم جائز والمال لا يجب؛ لأن هذا اعتياض عن حق التملك؛ لأنه لا حق للشفيع في الدار، وإنما له حق أن يأخذ الدار بالشفعة، والاعتياض عن مجرد حق التملك لا يجوز؛ لأن حق الشفعة أمر عرف بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته في حق جواز الاعتياض عنه.

وإما أن يسلم الشفعة على أن يأخذ ثلثًا أو نصفًا منها، وفي هذا الوجه: التسليم جائز، وهذا ظاهر والأخذ جائز أيضًا؛ لأنه أخذ شيئًا معلومًا من الدار، وهو النصف أو الثلث بثمن معلوم؛ لأن ثمن نصف الدار وثلثه معلوم بيقين، ويكون أخذ هذا النصف بحكم الشفعة لا بحكم شراء مبتدأ بدليل ما ذكر في الكتاب، لو كان لهذه الدار جار أخذ الجار منه نصف هذا النصف، ولو كان هذا تسليمًا في كل الدار وأخذ النصف أو الثلث بشراء مبتدأ لكان الجار أولى بكل هذا النصف.

وإما أن يسلم الشفعة على أن يأخذ من الدار بيتا بعينه، وفي هذا الوجه: الصلح [باطل][٢]، والتسليم باطل وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك أو يدع؛ لأن الأخذ حصل بثمن مجهول؛ [لأن ثمن بيت منها مجهول][٣]؛ لأنه إنما يعرف ثمن بيت

(١) في أ: ما.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ.

منها بعينه بالحزر والظن بأن يقسم الثمن على قيمة البيت، وعلى قيمة باقي الدار والناس يتفاوتون في ذلك.

فإن قيل: أليس إنه لو اشترى دارًا بعبد فالشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد، إلا أنا تركنا القياس لضرورة؛ لأن بيع الدار بالعبد يصح؛ لأنه بيع بما هو معلوم وإذا صح البيع وجبت الشفعة، ولا يمكن الأخذ إلا بقيمة العبد، أوجبنا الأخذ بالقيمة لهذه الضرورة ومثل هذه الضرورة لا تتأتى هاهنا؛ لأن أخذ البيت بثمن معلوم يمكن للشفيع، وليس إذا سقط اعتبار الجهالة لضرورة ما يدل على أن يسقط اعتبارها بغير ضرورة، وإذا بطل الصلح والتسليم كان الشفيع على شفعته.

فرق بين هذا وبين ما إذا سلم الشفعة على مال آخر حتى لم يجب المال كان التسليم جائزًا.

وهاهنا، قال: التسليم لا يصح والعوض المسمى لا يسلم للشفيع في المسألتين.

والفرق: أن تسليم الشفعة على مال آخر لا جواز له بحال فكان ذكر المال ولا ذكر بمنزلة، ولما سلم الشفعة، ولم يذكر المال صح التسليم كذا هاهنا، وأما تسليم البعض وأخذ البعض ببدل له جواز بحال، وهو أن يكون المأخوذ معلومًا، فلا يصير ذكر العوض ولا ذكر سواء فيجب اعتبار العوض، فأما إذا لم يسلم له العوض يبقى على حقه.

وإذا وهب الشفيع الشفعة، أو باعها من إنسان لا يكون تسليما، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند؛ لأن البيع لم يصادف محله أصلاً فلغا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الشفعة قبل باب الشهادة: إذا باع الشفعة كان ذلك تسليمًا للشفعة ولا يجب المال.

علل فقال: حق الشفعة لا يحتمل البيع؛ لأن البيع تمليك، وحق الشفعة لا يقبل التميك فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازًا كبيع الزوج زوجته من نفسها وهو الصحيح.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في شفعة الجامع ما يدل عليه وسيأتي ذلك بعد هذا في الصفحة التي تلي هذه الصفحة إن شاء الله تعالى.

إذا سلم الشفيع [الشفعة][(١)] ثم زاد البائع بعد ذلك في المبيع عبدًا، أو أمة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل مما علم الشفيع. في الباب الأول من شفعة الواقعات.

وفي هذا الباب أيضًا[(٢)]: إذا سلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع من الثمن شيئًا فله الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فكان كما لو أخبر بالبيع بألف فسلم فإذا المبيع بخمسمائة.

إذا قال الشفيع سلمت الشفعة في هذه الدار كان تسليمًا صحيحًا وإن لم يعين أحدًا.

وكذلك لو قال البائع[(٣)]: سلمت لك شفعة هذه الدار والدار في يد البائع، ولو قال ذلك البائع[(٤)] بعد ما سلم الدار إلى المشتري لا يصح التسليم قياسًا؛ لأن قبل التسليم إلى المشتري إنما يصح تسليم الشفعة للبائع؛ لأن للشفيع حق أخذ الشفعة من البائع، هذا المعنى لا يتأتى بعد التسليم إلى المشتري.

وفي الاستحسان: يصح التسليم، ويكون معنى قوله للبائع: سلمت لك: سلمت بسببك وأجلك.

وكذلك إذا كان المشتري وكيلاً من جهة غيره بشراء الدار فقال الشفيع: سلمت شفعة هذه الدار، [ولم يعين أحدًا كان تسليمًا صحيحًا، وكذلك لو قال للوكيل: سلمت لك شفعة هذه الدار][(٥)]، والدار في يد الوكيل صح التسليم قياسًا

---

(١) سقط في ح.
(٢) في أ: نصا.
(٣) في ح: للبائع.
(٤) في ح: للبائع.
(٥) سقط في أ، ح.

واستحسانًا؛ لأن الوكيل بالشراء في حق [من][(١)] الحقوق كالمشتري[(٢)] لنفسه، ثم كالبائع من موكله، [ولو قال ذلك للوكيل بعد ما دفع الدار إلى الموكل صح التسليم استحسانًا][(٣)].

ولو سلم الشفيع الشفعة للبائع كان الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا وكذا هاهنا.

إذا قال أجنبي لشفيع الدار: سلم شفعة هذه الدار للآمر، أو قال: لهذا المشتري، فقال: سلمتها لك، أو قال: وهبتها لك، أو قال: أعرض عنها لك، كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر وللمشتري [استحسانًا][(٤)]؛ لأن كلام [الشفيع للآمر، وسلمتها لهذا][(٥)] المشتري[(٦)] خرج على وجه الجواب، فتضمن إعادة ما في السؤال، وصار تقدير كلام الشفيع: سلمتها للآمر وسلمتها لهذا المشتري، وقوله معناه: لأجلك وسببك[(٧)]، بخلاف ما لو قال الشفيع للأجنبي ابتداء حيث لا يكون تسليمًا؛ لأنه لا يمكن أن يجعل ذلك تسليمًا للآمر ليصح إسقاطًا، فلو صح، صح تمليكًا للأجنبي[(٨)] ولا وجه إليه.

ثم في الفصل الأول ذكر من جملة ألفاظ الشفيع، (وهبتها لك) وذكر[(٩)] أنه تسليم للشفعة، فتصير هذه المسألة حجة لشمس الأئمة السرخسي في مسألة بيع الشفعة التي تقدم ذكرها.

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في أ: يشتري.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) زاد في ح: الشفيع.
(٧) في ح: وسبيل.
(٨) في أ: من الأجنبي.
(٩) في ح: ذكر.

إذا قال أجنبي للشفيع: أصالحك على كذا على أن تسلم الشفعة، فسلم كان التسليم صحيحًا ولا يجب المال، ولو قال: أصالحك على كذا على أن تكون الشفعة لي، كان الصلح باطلاً، وهو على شفعته.

والفرق: أن في المسألة الأولى: الشفيع [سلم][١] الشفعة صريحًا بالمال، [وتسليم الشفعة بالمال][٢] صحيح، وإن لم يجب المال [و][٣] في هذه المسألة: ما سلم الشفعة بل أقام الأجنبي[٤] مقام نفسه في الشفعة، وإنما يقوم الأجنبي مقامه في الشفعة إذا بقي له الشفعة [وعلى حالها، أما إذا بطلت لا يقوم الأجنبي مقامه فلم يوجد ما يبطل الشفعة فبقيت][٥].

إذا قال البائع: سلمت إليك بيع هذه الدار، وقال المشتري: سلمت للمشتري هذه الدار فهو تسليم صحيح؛ لأن تسليمه ينصرف إلى ما هو حقه؛ لأن ما ليس بحق له فهو تسليم للبائع، والمشتري بدون تسليمه، وحقه في هذا البيع والشراء الشفعة فصار تقدير كلامه: سلمت لك شفعة هذه الدار خاصة دون غيرك، [وكذا لو قال ذلك للآمر][٦] كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر.

ولو قال: سلمتها لك، إن كنت اشتريتها لنفسك، فهذا لا يكون تسليمًا، وكذلك لو قال الشفيع للبائع: سلمت الشفعة لك إن كنت بعتها من فلان لنفسك وكان[٧] باعها لغيره لم يكن ذلك تسليمًا، هذه الجملة في الباب الأول من شفعة الجامع.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا قال الشفيع للمشتري: سلمت لك شفعة

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ح.
(٤) في أ، ح: الشفيع.
(٥) سقط في أ، ح.
(٦) سقط في أ، ح.
(٧) في أ، ح: وإن.

هذه الدار، فإذا [هو][١] قد اشتراها لغيره فهو على شفعته؛ لأنه رضي بالتسليم إليه لا إلى الموكل.

وفي فتاوى الفضلي: أن هذا تسليم للآمر[٢]، والمختار المذكور في فتاوى أبي الليث، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وفي الحاوي، وفي الهارونية: إذا قال المشتري: اشتريتها لنفسي، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ظهر أنه اشتراها لغيره، قال محمد - رحمه الله -: بطلت[٣] شفعته، وإذا سلم الجار مع قيام الشريك صح تسليمه حتى لو سلم الشريك بعد ذلك شفعته لا يكون للجار أن يأخذ الشفعة.

* * *

(١) سقط في أ، ح.
(٢) في ح: الآمر.
(٣) في أ، ح: تبطل.

الفصل الحادي عشر

في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف الخبر[(١)]

إذا أخبر الشفيع أن المشتري فلان فسلمه الشفعة، فإذا المشتري غيره فهو على شفعته؛ لأنه رضي بجوار شخص معين، فلا يكون راضيًا بجوار غيره، ولأنه سلم شفعة عقد لم يعقد بعد؛ لأنه سلم شفعة بيع زيد، وزيد لم يعقد، فلم يصح تسليمه ولو كان المشتري فلانًا ذلك ومعه [غيره][(٢)] بطلت شفعته في نصيب الذي سلم وأخذ نصيب غيره.

ألا ترى أنه لو سلم وكان عالمًا بالشريك الآخر لم يكن تسليمًا للآخر، فإذا لم يعلم أولى.

ولو أخبر أن الثمن ألف فسلم فإذا الثمن أقل من ذلك فهو على شفعته، ولو كان الثمن ألفًا أو أكثر فلا شفعة له؛ لأن الرضى بالتسليم [بألف لا يكون رضى][(٣)] بالتسليم بخمسمائة، أما الرضى بالتسليم بألف لا يكون رضى بالتسليم بأكثر من ألف.

ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال أو يوزن، فسلم الشفعة فإذا الثمن صنف آخر مما يكال أو يوزن، فهو على شفعته على كل حال سواء كان ما ظهر مثل ما أخبر به أو أقل أو أكثر من حيث القيمة؛ لأن الشراء إذا وقع بالمكيل أو الموزون فالشفيع يأخذ بمثله من جنسه لا بالقيمة وقد يتيسر على الإنسان أداء جنس ويتعسر عليه أداء جنس آخر.

ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيمة فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم، بأن أخبر بأن الثمن دار، فإذا الثمن عبد، فجواب محمد - رحمه الله - في

(١) في أ: ما أخبره، وفي ح: ما أخبر الشفيع.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.

الكتاب أنه على شفعته من غير فصل.

قال شيخ الإسلام: هذا الجواب صحيح [فيما إذا كانت قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير صحيح][(١)] فيما إذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر؛ لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع إنما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم أو دنانير، فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم ومائة دينار، فسلم ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر أو أكثر، وهناك كان التسليم صحيحًا ولا شفعة له، ولو ظهر أنه أقل مما أخبر كان على شفعته كذا هاهنا، ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر أن الثمن دراهم أو دنانير، فجواب محمد - رحمه الله -: أنه على شفعته من غير فصل.

بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما [أخبر، أما إذا كان ما ظهر مثل قيمة ما][(٢)] أخبر أو أكثر فلا شفعة له.

ومنهم من قال: هذا الجواب صحيح على الإطلاق، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونًا في ذلك؛ لأن تقويم الشيء بالظن يكون [دائمًا][(٣)] وإنما سلم حتى لا يصير مغبونًا، وهذا المعنى ينعدم إذا كان الثمن دراهم.

ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف درهم، فظهر أن قيمته أقل من الألف، فله الشفعة، وإن ظهر أن قيمته ألف أو أكثر فلا شفعة، ولو أخبر أن الثمن ألف فسلم ثم ظهر أن الثمن شيء من ذوات القيم، فلا شفعة إلا كان قيمة الثمن أقل من ألف درهم، هكذا ذكر في شرح القدوري.

وهذه المسألة تؤيد قول المشايخ فيما [إذا][(٤)] أخبر أن الثمن ألف درهم، فإذا

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ.

الثمن [مائة][(١)] دينار، فلا شفعة إلا أن يكون قيمة المائة الدينار أقل من الألف هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في كتابه، وجعل الجواب فيه كالجواب فيما إذا ظهر الثمن دراهم.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

قال: وروي عن زفر - رحمه الله -: أنه على شفعته [على][(٢)] كل حال، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - جعل الجواب فيه كالجواب في الحنطة والشعير.

قالوا: ما ذكره أبو حنيفة وزفر - رحمهما الله - قياس، وما ذكره أبو يوسف استحسان.

وجه قول أبي يوسف: أن الدراهم والدنانير، اعتبرا جنسًا واحدًا في أكثر الأحوال حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره على البيع بالدراهم، مكره على البيع بالدنانير، وإن باع شيئًا بالدراهم ثم اشترى بأقل مما باع بالدنانير لا يجوز، كما لو اشترى بالدراهم ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون، وحقه في الدراهم له أن يأخذ.

ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل نهى رب المال فيه كما لو صار دراهم، وإنما اعتبرا جنسين في حق الربا، حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً في حق الإجارة، حتى إذا استأجر بعشرة [دراهم][(٣)]، ثم أجر بدنانير طاب له، وإن كان قيمة الدنانير أكثر من عشرة دراهم كما لو أجره بشعير وقد استأجره بحنطة يعتبر[(٤)] ما يوجب المجانسة بحكم الكثرة، فكان التسليم بالدراهم تسليما بالدنانير، إذا كانت قيمة الدنانير مثل الدراهم أو أكثر.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) زاد في ح: فح.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: الدراهم والدنانير، اعتبرا جنسين مختلفين، حتى إن الإكراه على الإقرار بالدنانير لا يكون إكراها على الإقرار بالدراهم، وفي بعض الإيجابات اعتبرا جنسًا واحدًا، وفي مسألتنا إخبار وإيجاب؛ لأن تسليم الشفعة وإن كان إيجابًا، إلا أن التسليم بناء على الإخبار؛ لأنه أخبر أن الثمن كذا فإذا في أحد النوعين وهو الإخبار اعتبر جنسين مختلفين، وفي النوع الآخر وهو الإيجاب اعتبر جنسين متحدين في حق بعض الأحكام فيترجح ما يوجب اختلاف الجنس فصار كالحنطة مع الشعير.

ولو أخبر بشراء نصف الدار، فسلم ثم ظهر أن المشتري اشترى الكل فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف فلا شفعة له.

قال شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته.



الفصل الثاني عشر
فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته

إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأل منه أن يوليه إياه أو استأجره الشفيع من المشتري أو كان أرضًا أو كرمًا يأخذها مزارعة أو معاملة، وذلك بعد العلم بالشراء فهو تسليم للشفعة؛ لأن هذه المعاني دليل الإعراض.

وكذلك لو قال المشتري للشفيع: أوليتكها بكذا، فقال الشفيع: نعم؛ لأن قول الإنسان: (نعم) في موضع الخطاب يتضمن إعادة ما في [الخطاب](١) فكأن الشفيع قال: ولني.

إذا قال الشفيع: سلمت نصف الشفعة، بطلت شفعته في الكل؛ لأن الشفعة لا تتجزأ في حق التسليم؛ لأنه لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض، وذكر ما لا [بعض له](٢) يتجزأ كذكر الكل، [وذكر في الأصل](٣) وذكر القدوري: أن الشفيع إذا طلب نصف الدار بالشفعة، فهذا تسليم منه في الكل، وهذا قول محمد - رحمه الله -.

إلا أن يكون طلب الكل ولم يسلم المشتري فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، أو قال: أعطني نصفها وأسلم لك نصفها، فهذا لا يكون تسليمًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا يكون تسليمًا على كل حال وتبين بما ذكر القدوري أن ما ذكر في الأصل قول محمد - رحمه الله -.

وذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من واقعاته: دار بيعت ولها شفيعان، أحدهما غائب، فطلب الحاضر نصف الدار على حسبان أنه لا يستحق إلا النصف، بطلت شفعته.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.

وكذلك لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما نصف الدار بطلت شفعة كل واحد منهما ولم يحك خلافًا، وإنه قول محمد - رحمه الله - على ما ذكره القدوري.

وذكر في الباب الثاني: أن الشفيع إذا قال: سلم لي نصفها، لا تبطل شفعته وأنه قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما ذكره القدوري.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: إذا كان البائع اثنين والمشتري واحدًا في صفقة واحدة حتى لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الكل وادعى الشفيع نصيب أحد البائعين لم يبطل ذلك شفعته، وله أن يأخذ كلها مقسومة، [كانت][(١)] [أو غير مقسومة][(٢)]، وينبغي على قول محمد - رحمه الله - على ما ذكر القدوري أن تبطل شفعته، ذكره الصدر الشهيد في شفعة الجامع.

وإذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري وهو يعلم بالشراء أو لا يعلم بطلت شفعته؛ لأن الاستحقاق بالجوار وقد زال الجوار قبل الأخذ فبطل الحق ضرورة، فإن رجعت إلى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية أو بخيار شرط فليس له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحق متى بطل لا يعود إلا بسبب جديد.

وإن كان بيع الشفيع داره بشرط الخيار للشفيع، فهو على شفعته ما لم يوجب البيع؛ لأن الجوار لم يزل، وإن كان بيعه بصفة الفساد وقبضها المشتري بطلت شفعته؛ لأن ملكه قد زال، وإن كان الشفيع شريكًا وجارًا فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة، هذا [إذا][(٣)] باع الشفيع كل داره وإن باع بعض داره التي [يشفع به كان له أن يطلب الشفعة، هذا إذا باع الشفيع كل داره، فإن باع بعض داره التي][(٤)] يستحق بها الشفعة مشاعًا غير مقسومة[(٥)] لا تبطل شفعته.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ح: مقسوم.

الأصل في هذه المسألة، وأجناسها: أن الشفيع متى أحدث في الدار التي يستحق بها الشفعة حدثا بعد البيع والطلب قبل الأخذ، أو أحدثه بعد البيع قبل الطلب [أو قبل البيع منه[١] مع][٢] الطلب، ووجوب الشفعة لا يمنع الأخذ بالشفعة؛ لأن المقصود من الطلب الأخذ.

إذا ثبت هذا فنقول: بيع بعض الدار التي يستحق بها الشفعة مشاعًا قبل البيع أو بعد البيع قبل الطلب لا يمنع وجوب الشفعة، وطلبها لقيام الجوار في بعض الدار، فبعد الطلب والبيع لا يمنع الأخذ.

وكذلك إذا باع بعضها مقسومًا مما[٣] يلي جانب الدار المبيعة لا تبطل به شفعته، وإن باع بعضها مقسومًا مما يلي الدار المبيعة تبطل به شفعته؛ لأن ما أحدث لو أحدثه قبل البيع أو بعد البيع قبل الطلب يمنع وجوب الشفعة وطلبها لزوال الجوار وقت البيع، ووقت الطلب فيمتنع الأخذ بالشفعة، إذا سلم الشفيع على المشتري ثم طلب الشفعة، صح طلبه.

قال هشام: قلت لمحمد: ما تقول إذا بدأ الشفيع بالسلام على المشتري تبطل شفعته، فأنكر ذلك.

ولو كان المشتري واقفًا مع الابن فسلم الشفيع على ابن المشتري بطلت شفعته، بخلاف ما إذا سلم على المشتري؛ لأن السلام على المشتري محتاج إليه؛ لأنه يحتاج إلى الكلام، ومفتاح الكلام [السلام][٤]، قال ﷺ: «من كلم قبل السلام فلا تجيبوه»[٥]، فيصير ذلك عذرًا، وأما السلام على ابن المشتري غير محتاج إليه فلا

---

(١) في أ: منع.

(٢) في ح: مع فسخه منع.

(٣) زاد في ح: لا.

(٤) سقط في ح.

(٥) أخرجه الترمذي (٥/ ٥٩) كتاب الاستئذان والآداب باب ما جاء في السلام قبل الكلام حديث (٢٦٩٩) بلفظ: «السلام قبل الكلام»

وقال: هذا حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه» سمعت محمدا، يقول: «عنبسة بن عبد الرحمن ضعيف في الحديث ذاهب ومحمد بن زاذان منكر الحديث.

يصير ذلك عذرًا.

فإن سلم على أحدهما، بأن قال: السلام عليك، ولا يدري على من سلم، سئل الشفيع أنه سلم على الأب أو على الابن؟ فإن قال: [على][1] الأب لا تبطل شفعته. وإن قال: على الابن تبطل شفعته، فإن اختلفا فقال المشتري: [سلمت][2] على ابني وقد بطلت شفعتك، وقال الشفيع: سلمت على الأب، فالقول قول الشفيع؛ لأن حاصل اختلافهما في بطلان حق الشفيع، فالمشتري يدعي عليه بطلان حقه وهو ينكر.

إذا أخبر الشفيع فقال: من اشتراها وبكم اشتراها، فلما أخبر بذلك قال: طلبت الشفعة، صح طلبه في الباب الأول من شفعة الواقعات.

وكذلك إذا قال: الحمد لله أو سبحان الله أو قال: الله أكبر، أو عطس المشتري فشمته، أو قال: خلصني الله من فلان، أو قال: بكم باعها، ومتى باعها لا تبطل شفعته، بعض هذه الألفاظ في العيون، وبعضها في شرح شمس الأئمة.

ولو قال الشفيع للمشتري: أنا شفيعك وآخذ الدار منك، فلا شفعة له؛ لأن قوله: أنا شفيعك، كلام [غير][3] محتاج إليه فصار كأنه قال: كيف أصبحت أو كيف أمسيت.

في فتاوى أهل سمرقند: وكذلك إذا قال: الشفعة لي أطلبها وآخذها بطلت شفعته؛ لأن قوله: الشفعة لي غير محتاج إليه فصار كما لو سكت ساعة.

وعلى قياس ما روي عن ابن رستم في نوادره، عن محمد - رحمهما الله - أنه إذا سكت هنيهة لا تبطل شفعته فلا تبطل هاهنا.

وكذلك على قياس ما روي أن له مجلس العلم ينبغي ألا تبطل؛ لأن بهذا القدر لا يتبدل المجلس.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ.

وكذلك لو قال: (شفعه مراست حواسيم وباقيم)، فهو على هذا.

وفي نوادر أبي يوسف - رحمه الله -: رواية علي بن الجعد إذا قال: الشفيع للمشتري حين [لقيه][(١)]: كيف أصبحت، وكيف أمسيت، أو سلم عليه لم تبطل شفعته ولو عرض حاجته عليه أو سأل حاجته تبطل شفعته.

دار بيعت فقال البائع أو المشتري للشفيع: أبرئنا عن كل خصومة لك قبلنا، ففعل وهو لا يعلم أنه وجب [له][(٢)] قبلهما شفعة، لا شفعة له في القضاء، وله الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى إن كان بحال لو علم بذلك، لأبرأهما.

وهو نظير ما لو قال رجل لآخر: اجعلني في حل ولم يبين له ما له [عليه][(٣)]، فجعله في حل، فإنه يصير في حل، ولا يبقى له في [القضاء][(٤)] شيء، ويبقى فيما بينه وبين الله تعالى، إذا كان بحال لو علم بذلك الحق لما يبرئه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا قال الشفيع للمشتري: (شفاعت مني حواهم)، بطلت شفعته، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وعلى ما ذكرنا عن الفقيه أبي جعفر: أنه إذا طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان الشفيع من أهل قبيلة، يطلبون الشفعة بهذا اللفظ لا تبطل شفعته.

الشفيع إذا صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته، وإن صلى أكثر من ذلك تبطل؛ لأن الأكثر ليس بمشهور، فلا يصير عذرًا، في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

في واقعات الناطفي الشفيع إذا علم بالبيع وهو في التطوع يجعلها أربعًا أو ستًا، فعن محمد - رحمه الله -: أنه لا تبطل شفعته.

---

(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: والمختار أنه تبطل شفعته؛ لأنه غير معذور بخلاف ما إذا كان في الأربع قبل الظهر فأتمها أربعًا؛ لأن الأربع مسنون، فكان معذورًا، والدليل على الفرق أنه إذا طلب طلب المواثبة وترك طلب الإشهاد وافتتح التطوع تبطل شفعته، ولو افتتح الركعتين بعد الظهر أو الأربع بعد الجمعة لا تبطل شفعته، والله أعلم.



الفصل الثالث عشر

في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة

الوكيل يأخذ الدار بالشفعة، إذا أراد [الوكيل][(١)] إثبات الشفعة لموكله بالجوار ينبغي أن يقيم بينة، [أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة ملك موكله فلان.

[هكذا ذكر محمد - رحمه الله - ولو أقام بينة أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة في يد موكله فلان][(٢)].

لا يكتفي به كما في [حق][(٣)] الموكل لو أقام البينة بنفسه.

وإذا أراد إثبات الشفعة بالشركة فأقام بينة][(٤)] أن لموكله نصيبًا من هذه الدار المبيعة و[إن][(٥)] لم يبين مقداره لا يقبل ذلك منه، فلا يقضى له بالشفعة؛ لأنه لا يمكن القضاء بالشفعة إلا بالقضاء بالشركة، وتعذر القضاء بالشركة لمكان الجهالة، وهذا بخلاف ما لو أقام المدعي بينة على المحبوس في السجن أنه موسر فإنه يقبل بينته وإن لم يبين[(٦)] مقدار ملكه حتى يجلده القاضي في السجن ببينة المدعي وجلده في السجن لا يستحق إلا باليسار، ويساره لا يثبت إلا بالملك، كما أن الشفعة لا تستحق إلا بالملك.

والفرق: أن في مسألة المديون القضاء بالملك له بجحوده، لما تعذر القضاء بالملك هنا لم يشترط القضاء باليسار لإمكان [القضاء][(٧)] بالملك في مسألة الشفعة أمكن للقاضي أن يقضي بالملك للشفيع؛ لأنه يدعي، فلا يسقط اعتبار اشتراط القضاء بالملك لمكان الجهالة.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، ح.
(٦) في أ: يبينوا.
(٧) سقط في ح.

الوكيل بالشفعة إذا سلم الشفعة ذكر في [شفعة](١) الأصل: أنه إذا سلم في مجلس القاضي، صح وإن سلم في غير مجلس القاضي، لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول، ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: يصح تسليمه في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي، فعلى رواية كتاب الشفعة جوز تسليمه في مجلس القاضي، ولم يحك فيه خلافًا.

وذكر في كتاب الوكالة والمأذون الكبير: أن تسليمه في مجلس القاضي صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - خلافًا لمحمد - رحمه الله.

ويتبين بما ذكر في كتاب الوكالة والمأذون أن ما ذكر في الشفعة قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإقراره على موكله بالتسليم في مجلس القاضي صحيح بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة الأول.

وإقراره في غير مجلس القاضي باطل عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر صحيح.

فمحمد - رحمه الله - فرق بين تسليمه في مجلس القاضي [وبين إقراره بتسليمه على موكله في مجلس القاضي](٢).

والفرق: أن إقراره إنما صح من حيث إنه جواب الخصومة، والتسليم ليس بجواب الخصومة بل هو إبطال حق على الموكل والوكيل مأمور باستيفاء الحق لا بإبطاله؛ ألا ترى أن الوكيل بالخصومة في الدين يملك الإقرار على موكله بالقبض [و](٣) لا يملك الإبراء.

الوكيل بالشفعة، إذا طلب الشفعة وادعى المشتري التسليم فهذا على وجهين:

الأول: أن يدعي التسليم على الموكل ويطلب يمين الوكيل بالله ما يعلم أن

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.

الموكل قد سلم الشفعة، أو يطلب يمين الموكل بالله ما سلمتني الشفعة.

فإن طلب يمين الموكل[١] فالقاضي لا يحلفه؛ لأن أصل الدعوى وقع على الموكل، فإنه ادعى تسليم الموكل، واستحلاف غير من يوجه عليه الدعوة بمنزلة البدل على استحلاف من توجه عليه الدعوى، ولا يصار إلى البدل مع إمكان المصير إلى الأصل، وما دام الموكل حيا فاستحلافه ممكن، بخلاف ما لو ادعى دينًا على ميت فأنكر الوارث ذلك وطلب المدعي من القاضي أن يحلف الوارث، فالقاضي يحلفه على علمه؛ لأن هناك وقع العجز عن المصير إلى الأصل.

وإن طلب يمين الموكل[٢] فالقاضي يقول له: سلم الدار إلى الوكيل فيأخذها لموكله بالشفعة، وانطلق واطلب يمين الموكل.

وهو نظير ما لو وكل رجلاً بقبض الدين فقال المديون: أريد يمين الموكل بالله ما أبرأني، فالقاضي يقضي عليه بالمال ويأمره بالأداء إلى الوكيل ويقول: انطلق واطلب يمين الموكل، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبًا وأراد رده على البائع، وطلب البائع يمين الموكل بالله ما رضي بالعيب، كان له ذلك، فلا يرد حتى يحضر الموكل ويحلف.

الوجه الثاني: أن يدعي التسليم على الوكيل ويطلب يمينه، فالقاضي لا يحلفه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافًا لأبي يوسف.

وإذا شهد شاهدان على الوكيل أنه سلم الشفعة عند غير القاضي فشهادتهما باطلة عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف، وكذلك إذا شهد شاهدان عليه أنه إذا سلم عند القاضي، ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

ولو أقر الوكيل عند القاضي أنه قد سلم الشفعة عند غير القاضي أو عند قاض

(١) في أ، ح: الوكيل.
(٢) في ح: الوكيل.

[آخر](١)، فإقراره صحيح، فيكون هذا بمنزلة إنشاء التسليم عند هذا القاضي، وهو نظير ما لو شهد شاهدان على رجوع الشهود عن شهادتهم في غير مجلس القاضي، [فالقاضي](٢) لا يقبل شهادتهم.

ولو أقر الشهود عند القاضي أنهم قد رجعوا عن شهادتهم في غير مجلس القاضي صح إقرارهم، وجعل ذلك منهم بمنزلة إنشاء الرجوع عند هذا القاضي. في فتاوى الفضلي.

الوكيل بشراء الدار إذا اشترى وقبض فجاء الشفيع وأراد أن يطلب الشفعة من الوكيل فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الدار في يد الوكيل، وفي هذا الوجه الطلب منه صحيح.

الوجه الثاني: أن يكون الوكيل قد سلم الدار إلى الموكل، وفي هذا الوجه لا يصح الطلب من الوكيل، هكذا كان يقول الفقيه أبو إبراهيم.

وهكذا ذكر في الأجناس عن محمد - رحمه الله -.

قال الصدر الشهيد: الجواب في الوكيل مع الموكل كالجواب في البائع مع المشتري، إن كانت الدار في يد البائع، فالطلب منه صحيح، وإن كانت في يد المشتري لا يصح الطلب من البائع، هو المختار غير أن فرق ما بين الوكيل والبائع إذا سلم الدار، لا يكون خصمًا حتى يحضر المشتري والوكيل إذا قبض، فهو خصم وإن لم يحضر الموكل.

* * *

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.

الفصل الرابع عشر
في شفعة الصغير وما يتصل به

قال محمد - رحمه الله -: الصغير والكبير في استحقاق الشفعة سواء لأنهما في سبب استحقاق الشفعة سواء، قال: الحبل[١] في استحقاق الشفعة والكبير سواء؛ لأن الحبل[٢] يرث فيثبت له الشركة والجوار، كما يثبت للكبير[٣].

قال: وإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء، فله الشفعة؛ لأنا[٤] تيقنا بوجوده يوم البيع وكان وضعه بمنزلة قدومه، وهو غائب، فإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا، منذ وقع الشراء فإنه لا شفعة له؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع، لا حقيقة، ولا حكمًا، إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحبل منه حينئذ يستحق الشفعة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا؛ لأن وجوده وقت البيع ثابت حكمًا لما ورث من أبيه.

ثم إذا وجبت الشفعة للصغير والذي يقوم بالطلب والأخذ من قام مقامه شرعًا، في استيفاء حقوقه، وهو أبوه، ثم وصي أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد، ثم وصي نصبه القاضي، فإن لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك، فإذا أدرك فقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة فاختار رد النكاح، أو طلب الشفعة، فأيهما كان أولًا يجوز، ويبطل الثاني.

والحيلة في ذلك أن يقول: طلبتهما، أي الشفعة والخيار، فإذا كان له أحد من هؤلاء فترك طلب الشفعة مع الإمكان بطلت الشفعة، حتى لو بلغ الصغير، لا يكون له حق الأخذ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تبطل الشفعة.

وعلى هذا الخلاف، إذا سلم الأب أو الوصي، ومن بمعناهما، شفعة الصغير

---

(١) في ح: الحمل.
(٢) في ح: الحمل.
(٣) زاد في ح: يثبت للصغير.
(٤) في أ: لأنه.

صح تسليمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى لو بلغ الصبي لا يكون له أن يأخذها بالشفعة؛ لأن تسليم الشفعة وترك طلبها ترك التجارة؛ لأن الأخذ بالشفعة [تجارة وطلبها طلب التجارة فيكون تركها ترك التجارة من ملك التجارة في مال إنسان ملك تركها أيضا، ولأن الأخذ بالشفعة][1] يكون بعوض بتسليم الشفعة، إن كان يسقط حق الصغير، ولكن بعوض، وإسقاط حق الصغير بعوض داخل تحت ولاية هؤلاء؛ ألا ترى أنهم ملكوا بيع مال الصغير.

ثم تسليم الأب والوصي شفعة الصغير صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - سواء كان التسليم في مجلس القضاء أو في غير مجلس القضاء، بخلاف تسليم الوكيل في غير مجلس القضاء عند أبي حنيفة؛ لأنهما نائبان عن الصغير في مجلس القضاء وغيره.

فأما الوكيل نائب عن الموكل في مجلس القضاء؛ لأنه وكيل بالخصومة وتعذر الخصومة في غير مجلس القضاء، فكأن الموكل قال له: أنت وكيلي في مجلس القضاء.

إذا اشترى دارًا لابنه الصغير والأب شفيعها، كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندنا.

كما لو اشترى الأب مال ابنه لنفسه ثم كيف [يأخذ][2] يقول: اشتريت وأخذت بالشفعة، ولو كان مكان الأب وصيًّا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - هذه المسألة في [أول][3] [باب تسليم الشفعة ولم يشبع[4] في الجواب.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه المسألة في][5] واقعاته وبين الجواب

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) في ح: يسمع.
(٥) سقط في أ.

المشبع، أنه إن كان في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة بأن وقع شراء الدار بغبن يسير بأن كان قيمة الدار مثلاً عشرة وقد اشتراها الوصي بأحد عشر، فإن الغبن اليسير يتحمل من الوصي في تصرفه مع الأجانب وبأخذ الوصي بالشفعة يرتفع ذلك [الغبن](١)، فإذا كانت الحالة هذه كان أخذ الوصي بالشفعة منتفعًا به في حق الصغير، فكان للوصي أن يأخذ الدار بالشفعة على قياس قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله كما في شراء الوصي شيئًا من مال الصغير لنفسه.

فإن لم يكن في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة في حق الصغير بأن وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة، لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق كما لا يكون للوصي أن يشتري شيئًا من مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق، ومتى [كان للوصي](٢) ولاية الأخذ يقول: اشتريت وطلبت الشفعة، ثم يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب قيمًا عن الصبي فيأخذ الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن إليه، ثم القيم يسلم الثمن للوصي. في فتاوى أبي الليث.

وفي الفتاوى عن الفقيه أبي بكر: لو اشترى لابنه الصغير دارًا، والأب شفيعها لا يأخذ بالشفعة ما لم يدرك الابن، أو ينصب الحاكم خصمًا.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: هذا الجواب في الوصي، فأما الأب يأخذ؛ لأن الأب لو اشترى مال ابنه لنفسه صح كذا [هذا](٣) يأخذ من غير قضاء.

وعن شداد - رحمه الله -: أن الوصي يشهد على طلب الشفعة ويترك حتى يبلغ الصبي، ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لا يشهد ولا يطلب الشفعة حتى يدرك الصبي.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ح.

اشترى الأب دارًا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الأب الشفعة للصغير، حتى بلغ الصغير، فليس للذي بلغ أن يأخذها بالشفعة [لأن الأب كان متمكنًا من الأخذ بالشفعة][١]؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة فسكوته يكون مبطلاً للشفعة، ولو باع الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها، فلم يطلب الأب الشفعة حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها؛ لأن الأب هاهنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعًا، وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة السرخسي. في باب تسليم الشفعة وهكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه وأحاله إلى نوادر أبي يوسف.

فأما الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه أو باع دارًا له والصبي شفيعها، فلم يطلب الوصي شفعته فاليتيم على شفعته إذا بلغ؛ لأن الوصي لا يملك البيع والشراء للصغير من[٢] نفسه إلا إذا كان منفعة للصغير، فإذا لم يمكن الأخذ لم يكن سكوته تسليمًا، هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه.

وفي نوادر هشام قال: قلت لمحمد: ما تقول في رجل اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها، فلم يطلب الشفعة؟ قال: أما في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا شفعة للصغير؛ لأن تسليم الأب جائز عليه، وأما في الوصي فهو على شفعته؛ لأنه لا يقدر أن يأخذه له من نفسه.

ويجب أن يكون [الجواب][٣] في شراء الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها على التفصيل إن لم يكن للصبي في هذا الأخذ ضرر بأن وقع شراء الأب الدار بمثل القيمة أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس في مثله، لا يكون للصغير الشفعة إذا بلغ، وإذا كان للصغير في هذا الأخذ ضرر بأن وقع شراء الأب بأكثر من القيمة مقدار ما لا

(١) سقط في ح.
(٢) في أ: مع.
(٣) سقط في أ.

يتغابن الناس فيه[١] كان له الشفعة إذا بلغ؛ لأن الأب لا يملك التصرف في مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر، فلم يكن متمكنًا من الأخذ في هذه الصورة فلا يكون سكوته مبطلاً للشفعة، والذي يؤيد هذا مسألة ذكرها شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في باب تسليم الشفعة.

وصورتها: [رجل][٢] اشترى دارًا بأكثر من قيمتها [مما لا يتغابن الناس في مثله][٣]، وصغير شفيعها، فسلم الأب شفعتها، لا يصح تسليمه عندهم جميعًا هو الصحيح؛ لأن الأب لا يملك الأخذ هاهنا بالاتفاق، لكثرة الثمن والسكوت على الطلب والتسليم إنما يصح ممن يملك، فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ.

ويجب أن يكون الجواب في الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه والصبي[٤] شفيعها فلم يطلب حتى بلغ الصبي على التفصيل أيضًا إن [كان][٥] للصغير بالشفعة منفعة فلا شفعة للصغير إذا بلغ عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله؛ [لأن الوصي لو اشترى من مال نفسه شيئًا للصغير، وللصغير فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وإن][٦] كان الوصي متمكنًا من الأخذ لكان سكوته مبطلاً شفعته، وإن لم يكن للصغير في الأخذ بالشفعة منفعة ظاهرة كان له الشفعة إذا بلغ بالاتفاق؛ لأن الوصي لا يتمكن من الأخذ في هذا الوجه بالاتفاق فلا يكون سكوته مبطلاً.

ولو كان الوصي باع الدار وباقي المسألة بحالها، فالصغير على شفعته إذا بلغ بالاتفاق كما في الأب.

---

(١) في ح: في مثله.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) في ح: والصغير.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

إذا قال الأب أو الوصي: اشتريت هذه الدار بألف درهم للصغير، فقال له الشفيع: اتق الله، فإنك اشتريت بخمسمائة فصدقه فإنه لا يصدق ويأخذ الدار بألف درهم حتى يقيم البينة على الشراء بخمسمائة.

* * *

الفصل الخامس عشر
في وجوه الحيل

في هذا الباب نوعان:

نوع لإسقاطه بعد الوجوب، وذلك بأن يقول المشتري [للشفيع][١]: أنا أبيعها منك بما أخذت فلا فائدة لك في الأخذ [بالشفعة][٢]، فيقول الشفيع: نعم، [أو يقول المشتري للشفيع: اشترها مني بما أخذت فيقول الشفيع: نعم][٣]، أو يقول اشتريت فيبطل به شفعته، وإنه مكروه بالإجماع، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: أنه لا يكره إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار بالشفيع.

ونوع يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: على قول أبي يوسف: لا يكره، وعلى قول محمد: يكره، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة.

وفي كراهية الحيل لمنع وجوب الزكاة خلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

ومنهم من قال: في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة، فعلى هذا القائل يحتاج في قول محمد إلى الفرق بين الشفعة وبين الزكاة.

وفي المنتقى قال هشام: سألت محمدًا - رحمه الله - عن رجل جعل بيتًا من داره هبة لرجل ثم باع بقية الدار منه هربًا من الشفعة، قال: كان أبو يوسف - رحمه الله - لا يرى بذلك بأسًا، فأما محمد - رحمه الله - كرهه كراهة شديدة، ولم يحفظ عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - شيئًا[٤].

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) في ح: شيئا.

وفي فتاوى الفضلي: سئل أبو بكر بن أبي سعيد - رحمه الله - عن هذا، فقال: هذا بيع مكروه في الأحوال كلها.

وقيل: الجار إذا كان فاسقًا فلا يكره في جميع الأحوال.

ثم بعض الحيل يرجع إلى منع وجوب الشفعة، وبعضها يرجع إلى تقليل الرغبة في الشفعة.

أما التي يرجع إلى منع وجوب الشفعة أن يهب البائع بيتًا معلومًا من الدار بطريقه أو موضعًا آخر معلومًا من الدار بطريقه فتجوز الهبة؛ لأن ما وهب مقدر معين، والطريق وإن كان مشاعًا، إلا أنه لا يحتمل [القسمة، وهبة المشاع فيما لا يحتمل](١) القسمة جائزة، فيصير [شريكًا في](٢) الطريق، ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل فيصير أولى من الجار، إلا أن [هذه](٣) الحيلة تصلح لدفع الجار، أما لا تصلح لدفع الشريك في الدار.

ومن جملة ذلك: أن يتصدق بطائفة معينة من الدار على المشتري بطريقها ويسلمها ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار الشفعة.

ومن جملة ذلك: أن يهب للمشتري قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار حتى يزول جواره عن بقية الدار ثم يبيع الباقي منه.

ومن جملة ذلك: أن يستأجر صاحب الدار من المشتري ثوبًا [ليلبسه](٤) يومًا إلى الليل بجزء من مائة جزء من داره، التي يريد [أن يبيعها](٥) ثم يصبر حتى يمضي اليوم، أو شرط التعجيل، حتى يملك ذلك الجزء [للحال](٦)، ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار شفعة لا في الجزء الأول؛ لأنه ملك بعقد الإجارة، ولا في الباقي؛ لأن

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: كافي.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) في ح: بيعها.
(٦) سقط في أ.

المشتري شريك في الدار وقت البيع، والشريك مقدم على الجار.

ومنها: أن يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدار[١]. أو يضمن الثمن للبائع، فإن ضمن بطلت شفعته.

ومنها: أن يبيعها بشرط الخيار [للشفيع ثلاثة][٢] أيام فلا شفعة له قبل إسقاط الخيار، وإذا سقط الخيار بطلت شفعته.

وأما التي ترجع إلى تقليل الرغبة: أن يبيع [عشر الدار][٣] من المشتري بتسعة أعشار الثمن، ثم يبيع تسعة أعشار الدار بعشر الثمن، فلا يرغب الشفيع في أخذ العشرة لكثرة الثمن، فلا حق له في الباقي؛ لأن المشتري شريك وقت شراء الباقي، فلو أن المشتري في هذه الصورة خاف أنه إن اشترى العشر بتسعة أعشار الثمن، لا يبيع [البايع][٤] الباقي بعشر الثمن، [فالحيلة في ذلك للمشتري: أن يشتري العشر على خيار ثلاثة أيام، حتى أن البايع إن أبى أن يبيع الباقي فالمشتري ينقض البيع في العشر بحكم الخيار، فلو أن البايع خاف [في][٥] هذه الصورة أنه إن باع الباقي بعشر الثمن يفسخ المشتري البيع في العشر الأول بحكم الخيار، فالحيلة][٦] للبائع أن يبيع الباقي بشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ثم يجيزان البيعين معًا، فإن خاف كل واحد منهما أنه إن أجاز لم يجز صاحبه، فالحيلة في ذلك أن يوكل كل واحد منهما وكيلاً بإجازة البيع ويشترط على الوكيل أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه ولا يجيز إن لم يجز صاحبه.

ومنها: أن يشتري الدار بثمن كثير ثم يعطي المشتري بذلك من خلاف جنسه ما هو أقل قيمة منه، فإذا أراد الشفيع أن يأخذ بذلك الثمن الكثير فلا يرغب فيه لكثرة الثمن.

---

(١) في أ، ح: الدارك.
(٢) في ح: لثلاثة.
(٣) في أ: عشرا.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في أ.

ومنها: [ما][(١)] هو قريب مما تقدم:

أنه إذا أراد أن يشتري دارًا قيمتها عشرة آلاف بعشرة آلاف، وغيره يبتغي أن يشتريها بعشرين ألف درهم، ويعطيه عشرة آلاف درهم ودينارًا بعشرة [آلاف][(٢)]، فإذا أراد الشفيع الأخذ أخذ بعشرين ألف درهم؛ لأن الشراء وقع بهذا القدر، وإن استحق الدينار رجع المشتري على البائع بما أدى من الدراهم والدينار فقط؛ لأنه لما استحق الدينار بطل الصرف؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن عليه، فصار كمن اشترى من آخر دينارًا بعشرة عليه ثم تصادقا أنه لا دين عليه، فإنه يبطل الصرف، ويرد[(٣)] الدينار كذا هاهنا.

ومنها: أن يبيع البناء من الدار من المشتري ليقلعه بثمن قليل، ويبيع الساحة بثمن كثير، فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء، ويجب في الساحة [ولكن [الشفيع][(٤)] لا يرغب في تملك الساحة][(٥)] لكثرة الثمن.

ومنها: أن قيمة الدار إذا كانت مثلاً ألفًا، يبيع مشتري الدار شيئًا من أعيان ماله قيمته ألف بألفين، [حتى يجب للمشتري على بايع الدار ألفي درهم قيمة ذلك الثمن][(٦)]، ثم يشتري المشتري الدار وقيمتها ألف بثمن ذلك الشيء، وهو ألفا درهم فتقع المقاصة بين الثمنين، ويكون ثمن الدار[(٧)] ألفي درهم. إذا أراد الشفيع أخذ الدار يأخذها بألفي درهم فلا يرغب في أخذها.

* * *

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في أ: وصرف.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في أ، ح.
(٧) في ح: الدراهم.

الفصل السادس عشر
في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن

إذا اشترى الرجل دارًا، وقبضها، ونقد الثمن، ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان؛ لأن الشفيع مع المشتري ينزل منزلة البائع مع المشتري.

وإن وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن، والمبيع في يد البائع كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي عليه التملك بألف وهو ينكر، إلا أن البائع والمشتري يتحالفان.

وهاهنا الشفيع لا يحلف؛ لأن هناك البائع يدعي على المشتري زيادة ألف والمشتري ينكر، وهاهنا المشتري لا يدعي على الشفيع شيئًا؛ لأنه لم يجب له على الشفيع شيء حتى يحلف الشفيع، وأيهما أقام بينة، قبلت بينته وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي يوسف: البينة بينه المشتري.

فوجه قوله: أن الشفيع مع المشتري ينزل منزلة البائع مع المشتري؛ لأن الشفيع يتملك الدار من جهة المشتري كما أن المشتري يتملكها من جهة البائع.

ثم لو وقع الاختلاف على هذا الوجه، بين البائع والمشتري فأقاما البينة، [فالبينة][1] بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة، ودليله إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري والشفيع، فقال الشفيع: الثمن ألف. وقال المشتري: ألفان، وقال البائع: ثلاثة آلاف، وأقاموا البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة كذا هاهنا.

وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة، فالبينة بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة في الثمن.

ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - طريقان:

---

(١) سقط في أ.

أحدهما: أن العمل بالبينتين ممكن هاهنا، فلا يصار إلى الترجيح.

بيان الإمكان: إما أن يجعل كأنه اشترى مرة بألف ومرة بألفين فكان للشفيع أن يأخذ بالألف، ألا ترى أنه لو ثبت معاينة أو بإقرار المشتري، بأن أقر المشتري أنه اشترى بألف وأقر مرة أخرى أنه اشترى بألفين كان للشفيع أن يأخذ بألف.

ولا يقال: إن العقدين إذا ثبتا بالمعاينة أو بالإقرار يجعل كل واحد ثابتًا في حق الشفيع، أما إذا ثبت العقد بألفين بالبينة لا يعتبر العقد بألف ثابتًا في حق الشفيع، ويجعل العقد بألفين فاسخًا له، ألا ترى أن المشتري لو أقر بالشراء بألف وأخذ الشفيع الدار منه بألف ثم أقام البائع البينة أنه كان بألفين كان للمشتري أن يرجع على الشفيع بألف أخرى؛ لأنا [نقول:][1] نعم كما قلتم إلا أن هاهنا العقد بألفين لم يثبت بالبينة؛ لأن بينة المشتري على العقد بألفين غير مقبولة؛ لأن بهذه البينة لا يسقط اليمين عن نفسه؛ لأن اليمين عنه ساقط ببينة الشفيع، ألا ترى أن بعد ما أقام الشفيع البينة على الشراء بألف لا يحلف المشتري، فإن لم يكن للمشتري [بينة لا يلزم بهذه البينة على الشفيع زيادة ألف؛ لأن للشفيع أن يترك الأخذ بألفي درهم، فإذا لم يكن][2] بينة المشتري مقبولة على البيع بألفين كان البيع بألفين ثابتا بإقرار المشتري فلا ينفسخ به البيع [بألف][3]، فيجعل كلاهما ثابتين في حق الشفيع، بخلاف ما إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري؛ لأن هناك العقد بألفين [ثابت][4] ببينة البائع؛ لأن بينة البائع على العقد بألفين مقبولة؛ لأن بهذه البينة يلزم المشتري الألف الزائدة، وبخلاف ما إذا اختلفوا جميعًا؛ لأن بينة البائع على الزيادة مقبولة لأنها توجب الزيادة على المشتري فكان البيع بالزيادة ثابتًا بالبينة فينفسخ البيع بما دونه في حق العاقد والشفيع.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ح.

وأما الوكيل مع الموكل إذا اختلفا قد روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أن البينة بينة الموكل.

وفي ظاهر الرواية: البينة بينة الوكيل؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري.

وقد ذكرنا العذر، ثم [في][(١)] الطريق الثاني: أن بينة الشفيع ملزمة للمشتري، تسليم المشتري شاء أو أبى، وبينة المشتري غير ملزمة للشفيع، بل هو مخير بين الترك والأخذ، والبينات في الأصل شرعت للإلزام، فما كانت ملزمة كانت أولى بالقبول بخلاف البائع مع المشتري؛ لأن هناك بينة كل واحد منهما ملزمة [وبخلاف الوكيل مع الموكل؛ لأن كل بينة واحد منهما ملزمة فاستويا من هذا الوجه فصرنا][(٢)] إلى الترجيح بالزيادة.

وإذا اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الدار في يد البائع، وفي هذا الوجه: ينظر: إن كان ما قاله البائع أقل مما قالا، فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بذلك من غير يمين على أحد، وإن كان ما قاله البائع أكثر مما قالا، فالبائع مع المشتري يتحالفان، فبعد ذلك إن نكل البائع فالشفيع يأخذ بألفين، وإن نكل المشتري لزمه ثلاثة آلاف درهم، والشفيع يأخذ بثلاثة آلاف درهم إن شاء وليس له أن يأخذ بألفى درهم.

وإن أقر المشتري أن الشراء كان بألفي درهم، فإن حلفا وطلب الفسخ من القاضي أو طلب أحدهما ذلك وفسخ القاضي العقد بينهما فالشفيع يأخذ بما قاله البائع إن شاء، وفسخ العقد مما لا يبطل حق الشفيع.

الوجه الثاني: إذا كانت الدار في يد المشتري، فالجواب فيه نظير الجواب فيما إذا

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.

كانت الدار في يد البائع، وإذا كانت الدار في يد المشتري فقال: بعتها إياه بألف درهم واستوفيت الثمن، وقال المشتري: اشتريتها بألفين، فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بألف درهم، وبمثله لو قال: بعتها منه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم، وقال المشتري: اشتريتها بألفين أخذها بألفين.

والفرق: أن البائع إذا بدأ بالإقرار بالاستيفاء لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك؛ لأنه لم يبق بعد استيفاء الثمن وتسليم الدار إلى المشتري ذا حظ من هذا العقد بل صار كالأجنبي، ولو أن أجنبيًا [بين][(١)] مقدار الثمن لا يصح بيانه كذا هاهنا، وإذا بدأ ببيان مقدار الثمن لا يصح منه الإقرار بالاستيفاء؛ لأن قبل الإقرار بالاستيفاء ثبت للشفيع حق الأخذ بذلك المقدار، وبالإقرار بالاستيفاء يبطل ذلك الحق على الشفيع؛ لأن بالإقرار وبالاستيفاء تبين أن بيان مقدار الثمن لم يصح؛ لأنه لم يبق ذا حظ من هذا العقد فلم يصح الإقرار بالاستيفاء صيانة لحق الشفيع، وإذا لم يصح الإقرار بالاستيفاء بقي بيان [مقدار][(٢)] الثمن صحيحًا؛ لأنه بين مقدار الثمن وهو ذو حظ من هذا العقد؛ لأن له الاستيفاء بحكم هذا العقد.

قال القدوري رحمه الله: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله.

وفي القدوري: اتفق البائع والمشتري أن البيع كان بشرط الخيار للبائع، وأنكر الشفيع، فالقول قولهما، في قول أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، ولا شفعة للشفيع؛ لأن البيع ثبت بإقرارهما وإنما ثبت على الوجه الذي أقر به.

وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف: فالقول قول الشفيع؛ لأن الأصل في البيع

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

البتات فكان الشفيع متمسكًا بالأصل.

وفي الجامع: إذا ادعى البائع الخيار وأنكر المشتري والشفيع، فالقول قول المشتري في الاستحسان؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط، والبائع يدعي إحداث الشرط، والمشتري ينكر.

وذكر في النوادر: أن القول قول البائع وهو القياس، وكذا لو ادعى المشتري الخيار وأنكر البائع والشفيع ذلك، فالقول قول البائع ويأخذها الشفيع لما قلنا.

في فتاوى الفضلي: رجلان تبايعا، وطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فقال البائع: كان البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشتري على ذلك، لا يصدقان على الشفيع؛ لأنهما أقرا بأصل البيع، فيكون القول قول من يدعي الجوار، إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كثير القيمة، وقد بيع بثمن لا يباع مثله بمثله.

فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع، ألا ترى أن في الوجه الأول: لو اختلف [البائع والمشتري في هذه الصورة، فقال][١] البائع: بعت معاملة، وقال المشتري: اشتريت لا معاملة، كان القول قول المشتري، وفي الوجه الثاني: لو اختلفا كان القول قول البائع.

باع دارًا من رجل ثم إن المشتري والبائع تصادقا أن البيع كان فاسدًا، وقال الشفيع: كان جائز، فالقول قول الشفيع ولا[٢] يصدقهما على فساد البيع في حق الشفيع بشيء[٣]، ولو ادعى أحدهما وأنكر الآخر ادعاءه جعل القول فيه قول الذي يدعي الصحة.

وإذا زعما أن البيع كان فاسدًا بشيء أجعل القول فيه قول من يدعي الفساد فإني أصدقهما فيه ولا أجعل للشفيع الشفعة، يريد بهذا: أن البائع مع المشتري إذا اتفقا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ح: فلا.
(٣) في أ: في شيء.

على فساد البيع بسبب لو اختلف البائع مع المشتري فيما بينهما في فساد العقد [بذلك السبب [لا يصدق القول، قول من يدعي الجواز نحو إن يدعي أحدهما أجلاً فاسدًا، أو خيارًا فاسدًا، فإذا اتفقا على الفساد بذلك السبب لا يصدقان في حق الشفيع، وإذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلفا فيما بينهما في فساد البيع بذلك السبب كان][١] فالقول قول من يدعي الفساد، وإذا اتفقا على الفساد][٢] بذلك السبب يصدقان في حق الشفيع.

وبين ذلك في المنتقى فقال: لو قال المشتري للبائع: بعتنيها [بألف درهم ورطل من خمر، فقال البائع: صدقت لم أصدقهما في حق الشفيع ولو قال: بعتنيها][٣] بخمر وصدقه البائع، فلا شفعة للشفيع، هذا هو [[لفظ][٤] في][٥] المنتقى.

وجعل القدوري في كتابه المذكور في المنتقى قول أبي يوسف في إحدى الروايتين عنه.

قال القدوري: ؛ لأن أبا يوسف على هذه الرواية يعتبر هذا الاختلاف بالاختلاف بين العاقدين، ولو اختلف المتعاقدان فيما بينهما فقال المشتري: بعتنيها [بألف درهم ورطل من خمر، وقال البائع: بل بعتنيها][٦] بألف درهم، فالقول قول البائع، ولو قال المشتري: بعتنيها بخمر أو خنزير، وقال البائع: بعتها بألف درهم، فالقول قول المشتري؛ لأن البيع بخمر لا جواز له بحال.

[وإنما يجعل القول قول من يدعي الجواز في عقد له جواز بحال][٧]، بخلاف

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في ح.
(٧) سقط في أ، ح.

البيع بأجل فاسد وبألف[١] رطل من خمر، فأما على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: إذا اتفقا على الفساد وكذبهما الشفيع فيه فلا شفعة للشفيع على كل حال، كما لو اتفقا على البيع بشرط الخيار للبائع، وكذبهما الشفيع فيه.

وفي المنتقى: اشترى دارًا لابنه الصغير وقبضها، ثم اختلف المشتري والشفيع في الثمن، قال: لا يحلف المشتري.

وفي الدعوى من الفتاوى: جاء الشفيع يخاصم المشتري وأنكر المشتري وأقر أن الدار لابنه الصغير، ولا بينة للشفيع على شرائه، قال: لا يمين على المشتري؛ لأنه قد لزمه الإقرار لابنه فلا يجوز الإقرار لغيره.

وفي الأجناس: إذا قال المشتري: اشتريت هذه الدار لابني الصغير، وأنكر شفعة الشفيع فلا يمين على المشتري إن كان الشفيع أقر أن له ابنا صغيرًا.

وفي الواقعات: إذا قال الشفيع: إنما قال المشتري ذلك ليدفع اليمين عن نفسه، فحلفه أيها القاضي أنه ما اشتراها[٢] لنفسه، فلا يمين عليه، وإن أنكر الشفيع أن له ابنا يحلف الشفيع بالله ما يعلم أن له ابنًا صغيرًا، وإن كان الابن كبيرًا، وقد سلم الدار إليه دفع عن نفسه الخصومة، وقبل تسليم الدار هو خصم للشفيع، ذكره في الأجناس.

* * *

---

(١) في ح: أو.
(٢) في ح: ابتناها.

الفصل السابع عشر
في المتفرقات

قال محمد - رحمه الله -: إذا بنى الشفيع في الدار المشفوعة بناء ثم استحقت الدار من يده، رجع على الذي أخذ الدار منه بالثمن، ولم يرجع بقيمة البناء، والمشتري إذا بنى ثم استحقت الدار من يده، فإنه يرجع بقيمة البناء من حيث إن البائع ضمن سلامة البناء للمشتري، وهذا المعنى لا يتأتى في حق الشفيع؛ لأن المأخوذ منه لم[1] يضمن له سلامة البناء؛ لأن الشفيع أخذ الدار على كره منه، وضمان السلامة لا يثبت بدون الرضا.

في المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن الشفيع إذا[2] كان أخذ الدار بقضاء لا يرجع بقيمة البنا، وإن كان أخذ بغير قضاء يرجع بقيمة البناء، [وذكر ابن سماعه في نوادره: أنه لا يرجع بقيمة البناء][3]، على كل حال، وهو قول أبي يوسف أولًا، وكان أبو يوسف يرويه عن أبي حنيفة أيضًا.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء على من أخذ منه الدار وكانت عليه عهدته؛ لأنه بمنزلة البائع، ويستوي فيه الحكم وغير[4] الحكم.

ابن سماعة عن محمد رحمه الله: اشترى دارًا وبنى فيها، ثم جاء الشفيع، فعلى قول أبي يوسف الآخر: يقال للشفيع: إن شئت فخذها بالثمن وقيمة البناء، وإن شئت فدع.

الحسن بن زياد عن أبي يوسف: اشترى دارًا وهدمها وبناها ثم جاء الشفيع، قال أبو حنيفة - رحمه الله - يأخذها بالشفعة، ويقال للمشتري: اهدم ما بنيت ويحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما هدمت.

---

(١) في ح: لمن.
(٢) في أ، ح: إن.
(٣) سقط في أ، ح.
(٤) في ح: وعن.

قال أبو يوسف: وليس للشفيع أن يأخذ بهدم ما بنى، ولكن يقال له: يعني للشفيع: يرفع عنك بقدر ما هدم ويأخذها[١] بقيمة البناء وبما بقي من الثمن.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا بناها الشفيع ولم يستحق إلا أنه وجد بها عيبًا، رجع بفضل العيب على المشتري، ولا يرجع المشتري على البائع.

وفي الأصل: إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن، فهذه المسألة على وجهين: إما إن كان الحط قبل قبض الثمن، أو بعده، فإن كان قبل قبض الثمن صح الحط في حق المشتري والشفيع حتى إن [أبى][٢] الشفيع [أن][٣] يأخذ الدار بما وراء المحطوط؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فصار العقد القائم للحال عقدًا بما وراء المحطوط فيأخذ الشفيع بذلك.

وكذلك لو وهب بعض الثمن من المشتري، أو أبراه [عن][٤] بعض الثمن قبل القبض؛ لأن الهبة والإبراء قبل القبض بمنزلة الحط.

أما إذا حط الكل، أو أبرأه عن الكل، أو وهب الكل، صح في حق المشتري؛ لأنه لاقى دينا قائمًا ولكن لا يظهر في حق [الشفيع][٥]، حتى يأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن؛ لأن هذا الحط لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق يبطل من حيث صح؛ لأن العقد بغير ثمن باطل فلا يكون المحطوط ثمنًا، فلم يلتحق بأصل [العقد، وبقي][٦] العقد في حق الشفيع، بجميع الثمن كما كان قبل ذلك.

فإن كانت هذه التصرفات بعد [محل][٧] قبض البائع الثمن من المشتري، فالجواب في الحط، والهبة ما ذكرنا قبل القبض: إن حط البعض أو وهب البعض

---

(١) في ح: فيأخذها.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في ح.
(٧) سقط في ح.

صح في حق المشتري والشفيع، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري [في أخذه][١] الشفيع بما وراء المحطوط والموهوب، وإن حط الكل أو وهب الكل يصح ذلك في حق المشتري، ولا يصح في حق الشفيع.

أما [الإبراء][٢]، فالإبراء بعد القبض لا يصح لا [في][٣] حق المشتري، ولا حق الشفيع، سواء كان الإبراء عن [الكل أو عن][٤] البعض.

وفي المسألة نوع إشكال: فإن بعد القبض لو اعتبر قائمًا في ذمة المشتري ينبغي أن يصح الإبراء كما يصح الهبة والحط كما قبل القبض، وإن لم يعتبر قائمًا، ينبغي ألا تصح الهبة والحط كما لا يصح الإبراء.

الجواب: الثمن باق في ذمة المشتري [يطالبه][٥] بعد القبض؛ لأن البائع ما قبض عين حقه إلا أن البائع ليس له المطالبة به؛ لأن المشتري يطالبه بمثله، ولا يفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، [و][٦] بعد ما برئ المشتري بالهبة أو بالحط، فمطالبة المشتري مفيدة[٧]؛ لأن البائع لا يطالبه بمثل ذلك؛ لأن المشتري قد برئ فيجب على البائع رد مثل ما قبض بعد الحط والهبة، وأما الإبراء إنما لم يصح؛ لأن الثمن غير باق في ذمة المشتري.

وتبين[٨] أن الإبراء نوعان: إبراء بالاستيفاء، وإبراء بإسقاط الواجب، ولهذا يقال: أبرأه، براءة، [قبض واستيفاء كما يقال: أبرأه][٩] [براءة][١٠] إسقاط، وإذا

---

(١) في ح: وأخذ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في أ، ح.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ح.
(٧) في ح: مفيد.
(٨) في ح: وبقي.
(٩) سقط في ح.
(١٠) سقط في أ.

أطلق البراءة إطلاقًا انصرف [ذلك](١) إلى البراءة من حيث الاستيفاء؛ لأنه أقل، فصار كأنه نص عليه فقال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وهناك لا يسقط الواجب عن ذمته، فلا يلزم(٢) البائع رد شيء.

بخلاف الهبة والحط، فإنه نوع واحد، وهو الحط والهبة بطريق إسقاط الواجب، ولهذا لا يقال: حططت ووهبت حط استيفاء، كأنه نص عليه.

والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ذكر في شرح(٣) كتاب الرهن: أن إبراء البائع والمشتري عن الثمن صحيح يجب على البائع رد ما قبض على المشتري.

ولو زاد المشتري في الثمن زيادة بعد القبض فالشفيع يأخذ الدار بالثمن الأول، ولا يظهر الزيادة في حق الشفيع.

وفرق بين الزيادة وبين الحط، فإن الحط يظهر في حق الشفيع.

والفرق: أن الزيادة تتضمن إبطال حق الشفيع، فإنه يثبت للشفيع حق الأخذ بالثمن [الأول لو صحت الزيادة في حق الشفيع لا يتمكن من الأخذ بالثمن](٤) الأول، فلم تصح الزيادة في حقه، صيانة لحقه، أما الحط لا يتضمن إبطال حق الشفيع، بل فيه منفعة للشفيع؛ لأن بالحط يخرج بعض الثمن عن العقد فلهذا افترقا.

إذا اشترى الرجل أرضًا وزرع فيها زرعًا، ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها ويقلع الزرع قياسًا، وفي الاستحسان: لا يأخذها في الحال وتترك في يد المشتري إلى أن يستحصد.

لأن المشتري محق في الزراعة، من وجه أنه زرع في ملك نفسه، وكونه محقًا في

---

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: يكن.
(٣) زاد في ح: في.
(٤) سقط في ح.

الزراعة يمنع غيره [من القلع][(١)]، ومتعدٍ في الزراعة من وجه؛ لأنه زرع فيما هو حق الغير، وأنه يطلق القلع لصاحب الحق، إلا أنا لو اعتبرنا [كونه محقًا لا يبطل حق الشفيع أصلاً بل يتأخر؛ لأن لإدراك الزرع غاية معلومة، ولو اعتبرنا][(٢)] كونه متعديًا يبطل حق المشتري في الزرع أصلاً، ولا شك أن التأخير أولى من الإبطال.

حتى لو كان [مكان][(٣)] الزرع بناء أو غرسا أو رطبة، يؤمر المشتري بقلع هذه الأشياء إذ ليس لهذه الأشياء نهاية معلومة، والتأخير لا إلى غاية معلومة إبطال فاستوى الجانبان في معنى الإبطال، فراعينا جانب الشفيع؛ لأنه ليس بمتعد، والمشتري متعد من وجه.

ثم إذا ترك الأرض في يد المشتري يترك بغير أجر، وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: يترك بأجر المثل، وكأن أبو يوسف قاس هذا على ما إذا انتهت مدة الإجارة، وفي الأرض زرع لم يستحصد بعد حتى ترك في يد المستأجر بأجر المثل.

وفي ظاهر الرواية فرق بينهما؛ لأن المشتري مالك للرقبة، وإيجاب الأجر على مالك الرقبة، وإنه مستقيم.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد يحكي عن الشيخ الإمام أبي حفص الكبير - رحمهما الله - أنه كان يقول: يسلم المشتري الأرض إلى الشفيع ثم يستأجر منه مدة معلومة يعلم أن الزرع يدرك في مثله، نظرًا للشفيع والمشتري.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر بن حامد يقول: ما قاله الشيخ الإمام هذا لا يصح عن محمد؛ لأن الأرض مشغولة بزرع [رب][(٤)] الأرض، فيمنع التسليم، [فإذا منع التسليم] [(٥)]صار الشفيع مؤجرا[(٦)] للأرض قبل القبض، ومن مذهبه أن إجارة العقار

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) في ح: فإن امتنع.
(٦) في ح: مؤاجرا.

قبل القبض لا تجوز، وإنما يصح هذا الجواب على قولهما؛ لأن عندهما: إجارة العقار قبل القبض جائزة.

قال محمد رحمه الله في الجامع: رجل ادعى شفعة في دار، في يد رجل، وقال الذي في يديه الدار: اشتريتها من فلان بكذا وأنا شفيعها، وصدق البائع الشفيع في ذلك، وكذبه الذي في يديه الدار، وقال: الدار داري ورثتها من أبي، وأقام الشفيع بينة أن الدار كانت للبائع ولم يقم البينة على البيع من صاحب اليد فالقاضي يقبل بينته؛ لأن الشفيع يدعي لنفسه [حقًا في الدار، لا يتوصل إلى إثبات ذلك الحق لنفسه][(١)] إلا بعد إثبات ملك البائع في الدار فينتصب خصمًا في إثبات الملك للبائع في الدار.

وهذا أصل كبير في الشرع، أن من ادعى لنفسه شيئًا لا يتوصل إلى إثبات ذلك إلا بإثبات شيء آخر فينتصب خصمًا في إثبات ذلك الشيء الآخر، فكانت بينته على إثبات الملك للبائع قائمة ممن هو خصم فلهذا قبلت بينته.

وهو نظير ما لو ادعى دارًا في يد إنسان، أنها داره اشتراها من فلان، وفلان يملكها، وأنكر المدعى عليه دعواه، وقال: الدار داري، وأقام المدعي البينة على دعواه، فالقاضي يسمع بينته، وطريقه ما قلنا.

وكذلك لو كان الشفيع أقام بينة، أن هذه الدار كانت لأبي البائع مات وتركها ميراثا للبائع فالقاضي يقبل بينته، فهاهنا أولى.

ألا ترى أن في مسألة دعوى شراء العين التي تقدم ذكرها، لو أقام المدعي البينة أن الدار كانت لأبي البائع، مات وتركها ميراثًا للبائع، والبائع مقر بالبيع وقبض الثمن من المدعى عليه يقبل بينة المدعي على ذلك فهنا كذلك.

وإذا قبلت بينة الشفيع على ملك البائع ثبت ملك البائع فيكون التملك عليه بالجهة التي أقر بها، وقد أقر بالتملك عليه بجهة البيع، وبثبوت حق الشفعة للشفيع وإقراره

---

(١) سقط في ح.

في ملك نفسه صحيح، فيصح إقراره بالبيع وأنه سبب لثبوت حق الشفعة للشفيع، ثم يقال للمشتري: إن شئت فصدق الشفيع والبائع فيما ادعيا من البيع منك وثبوت حق الشفعة للشفيع وخذ الثمن من الشفيع وسلم الدار إلى الشفيع والعهدة عليك، وإن شئت فسلم الدار إلى البائع فيأخذ الشفيع الدار من البائع فتكون العهدة على البائع، وإنما خير المشتري على الوجه الذي قلنا؛ لأن حق الشفعة للشفيع ما ثبت في حق المشتري؛ لأن شهود الشفيع ما شهدوا بالبيع وإنما شهدوا بملك البائع لا غير، ثم البيع ثبت بإقرار البائع، [وإقرار البائع][1] لا يكون حجة في حق المشتري بإقرار البائع فيتخير المشتري لهذا.

فإن صدق المشتري البائع والشفيع في ذلك سلم الدار إلى الشفيع وأخذ الثمن والعهدة على المشتري، اعتبارًا بالبيع البات بتصادقهم بالبيع البات معاينة.

فإن قيل: كيف يعمل تصديق المشتري والشفيع وقد أنكر البيع أول مرة.

قلنا: البائع مصر على إقراره الأول، فيجعل إصراره على ذلك الإقرار بعد تكذيب المشتري بمنزلة إنشاء إقرار آخر بعد تكذيب المشتري، كان للمشتري أن يصدقه في الإقرار الثاني كذا هاهنا.

أو نقول: فإن القاضي لما قضى بالشفعة على المشتري، فقد كذبه في إنكاره البيع والتحق إنكاره بالعدم، فإن أبى أن يصدقهما، يؤمر برد الدار على البائع؛ لأن الدار ملك البائع، وقد أقر البائع أن المشتري إنما يملكها عليه بالبيع، فإذا رد المشتري إقرار البائع وجب عليه رد الدار على البائع وكان للشفيع أن يأخذها من البائع بالشفعة؛ لأن البائع حين أقر بالبيع فقد أقر بسبب[2] ثبوت ملك المشتري، وبثبوت حق الشفيع في الشفعة، وبتكذيب المشتري، إن كان يبطل إقرار البائع بالملك للمشتري، لكن لا يبطل إقراره بثبوت حق الشفيع، فكان للشفيع أن يأخذ الدار من

---

(١) سقط في ح.
(٢) زاد في ح: من.

البائع بحكم إقراره وتكون العهدة على البائع؛ لأن الشفيع يملك الدار ببدل ضمنه فصار كالمشتري [وكان على البائع أن يرد على المشتري الثمن الذي أقر أنه قبضه من المشتري](١)؛ لأنه إنما أخذ الثمن بمقابلة الدار، ولم يسلم الدار [إلى المشتري](٢) ولا يسلم الثمن للبائع أيضًا.

خيار الرؤية يثبت للشفيع بدون الشرط، وكذلك خيار العيب، وخيار الشرط لا يثبت بدون الشرط.

حتى [إن](٣) من اشترى دارًا، وشرط الخيار لنفسه فأخذها الشفيع، فلا خيار له، وهذا؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء حكمًا فيعتبر بالشراء حقيقة، ولو اشتراها الشفيع يثبت له خيار الرؤية، وخيار العيب، من غير شرط، ولا يثبت خيار الشرط إلا بالشرط، وكذا إذا اشتراها حكمًا.

رجل اشترى دارًا ولم يرها، فبيعت دار بجنبها وأخذها بالشفعة، لم يبطل خياره، بخلاف خيار الشرط، وهذا لو بطل خياره، إنما يبطل من حيث إن ما فعل دليل الرضا، إلا أن دليل الرضى لا يرد - وعلى صريح الرضا - وبصريح الرضى قبل الرؤية لا يبطل [خيار](٤) الرؤية، فبدليل الرضى أولى، هذا إذا كان الأخذ بالشفعة قبل رؤية الدار المشتراة، أما إذا كان بعدها يبطل خيار الرؤية فكذا بدليل الرضى.

وفي شرح الطحاوي: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم إن المشتري رد الدار على البائع، إن كان الرد بسبب هو فسخ [جديد](٥) من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط وبخيار بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، وبعد القبض بقضاء لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وإن كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق الثالث نحو

(١) سقط في ح.
(٢) في ح: للمشتري.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في أ، ح.

الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وبالرد[١] بحكم الإقالة يتجدد للشفيع [حق][٢] الشفعة.

[في باب الشهادة في الشفعة، وإما إذا لم يسلم الشفيع الشفعة][٣]، حتى يفسخ البائع والمشتري العقد بينهما لا يبطل حق الشفعة سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه، [أو كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه][٤] بيع جديد من وجه.

في شفعة الجامع: من باع [دارًا][٥] فلا شفعة له سواء باع الدار لنفسه، أو باع لغيره، وكذلك لا شفعة للذي بيع الدار [له][٦].

بيانه: أن من وكل إنسانًا ببيع دار فباع الدار، لا شفعة للوكيل ولا للموكل، ومن اشترى دارًا أو اشتري له فله الشفعة، حتى إن من وكل إنسانًا بشراء دار، كان للوكيل وللموكل لكل واحد منهما الشفعة.

في شفعة القدوري: إذا باع دارًا على أن يكفل فلانًا بالثمن، وفلان شفيعها فكفل[٧] فلا يثبت له حق الشفعة.

في الباب الأول من شفعة الواقعات: أوصى لرجل بدار، ولم يعلم الموصى له حتى بيعت دار بجنبها ثم قبل الوصية وادعى الشفعة فلا شفعة؛ لأنه لم يملك الدار وقت البيع فلم يتحقق السبب، وإن مات الموصى له قبل أن يعلم بالوصية ثم بيعت دار بجنبها وادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك؛ لأن موته بمنزلة قبوله.

في الباب الثاني من شفعة الواقعات:

إذا وقع الصلح عن دين على دار، ثم تصادقا أنه لا دين؛ لا شفعة للشفيع،

---

(١) في ح: والرد.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ح.
(٤) سقط في ح.
(٥) سقط في ح.
(٦) سقط في ح.
(٧) في ح: وكفل.

ولوكان مكان الصلح بيعًا؛ فللشفيع الشفعة في هذا الباب أيضا.

رجل ورث من أبيه دارًا ولم يعلم بذلك فبيعت دار بجنب تلك الدار فلم يطلب هذا الوارث الشفعة، فلما أخبر أن هذا الدار له طلب الشفعة، لا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبة(١) عند العلم بالبيع، والجهل ليس بعذر، هكذا في فتاوى أهل سمرقند، وفيه نظر.

دار في يدي رجل قال صاحب الدار: اشتريت هذه الدار من فلان، وقال فلان: بل وهبتها من صاحب اليد، فالقول قول المدعي للهبة، حتى كان له أن يرجع فيها، وإن لم يرجع في الهبة حتى حضر الشفيع، كان للشفيع حق أخذ الدار بالشفعة، هذه المسألة بفروعها في الجامع في أبواب الشفعة من كتاب البيوع. والله أعلم [بالصواب وإليه المرجع والإياب](٢).

* * *

(١) زاد في أ، ح: إذ هو.
(٢) سقط في أ.

كتاب القسمة(1)

---

(1) القسمة في اللغة: هي النصيب، وجعل الشيء أو الأشياء أجزاءً أو أبعاضًا متمايزة.
قال صاحب المصباح: قسمته قسمًا، من باب «ضرب»: فرزته أجزاء؛ فانقسم، والموضع: مَقْسم، مثل: مسجد، والفاعل: قاسم، وقسام: مبالغة، والاسم: القسم - بالكسر - ثم أطلق على الحصة والنصيب، فيقال: هذا قسمي، والجمع: أقسام، مثل: حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والاسم: القسمة، وأطلقت على النصيب». وجاء في البجيرمي على المنهج أنها: «مطلق التمييز، وكلام صاحب الصحاح يفيد أنها التفريق».
وأما القسمة في الاصطلاح:
جاء في بدائع الصنائع: «القسمة عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض».
وقال الشافعية: تمييز الحصص بعضها من بعض.
وقال الحنابلة: والقسمة إفراز حق، وتمييز أحد النصيبين من الآخر، وليست بيعا.
ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٧)، أسنى المطالب (٤/ ٣٢٩)، البجيرمي على المنهج (٤/ ٣٦٨)، المغني، لابن قدامة (١٠/ ١٤١).
والقسمة من الحقوق اللازمة في كل حق مشترك إذا أمكن، وعلى حسب ما يمكن عند طلب بعض الشركاء.
وجوازها بالكتاب، والسنة:
أما الكتاب الكريم: فقول الله - تعالى-: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾. والقول الكريم يدل على جواز المهايأة على الماء؛ لأنهم جعلوا شرب الماء يوما للناقة ويوما لهم ويدل أيضا على أن المهايأة قسمة المنافع؛ لأن الله - تعالى - قد سمى ذلك قسمة وإنما هي مهايأة على الماء لا قسمة الأصل. ومنها: قول الله - تعالى-: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾. والآية في قسمة المواريث، والمعنى: فليتق الله من حضر، وليحضر بخير، ومنها: قوله - تعالى-: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾، وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - أخبر عن نبيه سيدنا صالح - عليه الصلاة والسلام - قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة.
ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (٣/ ٦١٨)، أحكام القرآن، للشافعي (١/ ١٤٧)، بدائع الصنائع (٦/ ١٨٨).
وأما السنة المطهرة:
فمنها أولا: ما اشتهر من: قسمة رسول الله ﷺ الغنائم بين الصحابة - رضوان الله عليهم - [أخرجه مسلم في صحيحه في تقسيم النبي ﷺ غنائم حنين بينهم واختص المؤلفة بذلك حتى تكلم الصحابة من الأنصار فاسترضاهم النبي ﷺ (٢/ ٧٣٨) باب: إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام وتصبر من قوي إيمانه، برقم (١٠٦٠)].
ثانيا: ومن ذلك أيضا تشريع قسمة المواريث وغير ذلك والناس يعاملون كذلك من لدن =

. . . .

= رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، والقسمة إنما تجب بعد طلب بعض الشركاء تمييز نصيبه عن شريكه فإذا طلبها أجابه القاضي لذلك وقسم بينهم؛ لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته إلى ذلك.

ثالثا: خرج الإمام مالك في الموطأ عن ثور بن زيد الديلي أنه قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال: «أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية، وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام» [مرسل: أخرجه مالك في الموطأ كتاب الأقضية باب: القضاء في قسم الأموال برقم (١٢٣٨) من رواية ثور بن زيد الديلي مرسلا لكن له ما يقويه من رواية ابن عباس - رضي الله عنه - قال ابن عبد البر «وقد روي هذا الحديث مسندا من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ رواه محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء عن ابن عباس ورواه ابن عيينة عن عمرو عن النبي - عليه الصلاة السلام - مرسلا»، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (١/ ٣٠٦)].

والحديث دليل على القسمة واعتبار قسمة الجاهلية أي التي وقعت قبل إسلام أهلها صحيحة وهي على قسمتهم يومئذ فلا تنقض حتى ولو كان فيها جور، وأي مقسوم لم يزل بأيدي أصحابه لم يقتسموه حتى كان الإسلام فاقتسموها في الإسلام فهو على قسم الإسلام.

رابعا: ما روي عن أبي موسى - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «فتح خيبر، وقسمها بين الغانمين، ومعهم أهل السفينة الذين كانوا مع جعفر بالحبشة» [أخرجه مسلم في تقسيم النبي ﷺ غنائم خيبر بين أهلها وإعطائه مهاجرة الحبشة منها (٤/ ١٩٤٦) باب: من فضائل جعفر ابن أبي طالب وأسماء بنت عميس وأهل سفينتهم - رضي الله عنهم - برقم (٢٥٠٢)].

خامسا: ما رواه محمد بن جبير بن مطعم، عن جبير بن مطعم، أن النبي ﷺ في غزوة حنين عندما سأله الناس أن يقسم بينهم مغانمهم وألحوا عليه في ذلك قال: «أتخافون ألا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم، والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة نعما لقسمته بينكم، ثم لا تجدوني بخيلا، ولا جبانا، ولا كذابا» [أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ١٠٣٨) باب: الشجاعة في الحرب والجبن، برقم (٢٦٦٦)، وأخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٤٥٧) باب: ما جاء في الغلول برقم (٩٧٧)].

سادسا: ما روي من أمر رسول الله ﷺ بأن يعطي كل ذي حق حقه، برهان قاطع في وجوب القسمة إذا طلب ذو الحق حقه، ويجبر الممتنع منهما عليها، ويوكل الصغير والغائب من يعزل له حقه، لما ورد من أمر رسول الله ﷺ أن يعطى كل ذي حق حقه فوجب أن ينفذ ذلك ويقضي به لكل من طلب حقه، وأما التقديم لمن ذكرنا فلقول الله - عز وجل-: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾ وهذا من القسط.

ينظر: المبسوط (١٥/ ٢)، البحر الرائق (٨/ ١٦٧)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/ ١٢٨٥)، المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٥)، المحلى بالآثار (٦/ ٤١٩).

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الأول: في بيان كيفية القسمة.

الثاني: في بيان ما يقسم، وما لا يقسم، وما يجوز قسمته، وما لا يجوز.

الثالث: في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر وما لا يدخل.

الرابع: في الرجوع عن القسمة و[1] استعمال القرعة فيها وفيما يتصل به آخر القسام.

الخامس: في القسمة يستحق منها شيء.

السادس: في قسمة التركة

السابع: في بيان من يلي القسمة عن الغير، ومن لا يلي، وعلى الميت أو له دين أو موصى له، وفي ظهور الدين أو الوارث أو الموصى له بعد القسمة، وفي دعوى الوارث دينًا على الميت أو عينًا من أعيان التركة بعد القسمة.

الثامن: في دعوى الغلط في القسمة [في الغرور في القسمة][2].

التاسع: في المهايأة.

العاشر: في المتفرقات.

* * *

---

(١) في ح: وفي.
(٢) سقط في ح.

أما الأول

قال في «الأصل»: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفل له، وهو شرك بين رجلين، وفي السفل الذي لا علو له وهو مشترك بين هذين الرجلين، وعلوه لآخر، طلبا القسمة من القاضي أو طلب أحدهما أنه تجب القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو.

[و][(١)] قال محمد رحمه الله: يقسم على [قيمة][(٢)] السفل والعلو، فإن كان قيمتهما على السواء يجب ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما [ضعف قيمة][(٣)] الآخر يحسب من الذي قيمته على الضعف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة.

وحاصل الخلاف بينهم في هذه المسألة يرجع إلى أن المعاملة بين العلو والسفل تعتبر من حيث القيمة لجواز القسمة، أو من حيث المنفعة.

فعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يعتبر المعادلة من حيث المنفعة، حيث إذا استوى النصيبان في المنفعة جازت القسمة عنده وإن تفاوتا في القيمة.

وعند محمد - رحمه الله - يعتبر المعادلة من حيث القسمة، حتى إذا استويا النصيبان في القسمة زادت القسمة عنده وإن تفاوتا في المنفعة.

والأصل عند محمد: أن عند تعذر اعتبار المعادلة في القسمة تعتبر المعادلة في القسمة.

ألا ترى أن في الغنم المشترك بين اثنين، وفي الإبل المشترك بين اثنين إذا أراد بالقسمة المعادلة في القيمة لما تعذر اعتبار المعادلة في المنفعة والقيمة وإنهما في أنفسهما.

---

(١) سقط في ح.
(٢) سقط في ح.
(٣) في ح: على الضعف من.

وكذلك الدار المشترك بين اثنين إذا قسمت وفي أحد الجانبين بناء ولا بناء في الجانب الآخر، تعتبر المعادلة في القسمة من حيث القيمة؛ لأنه تعذر اعتبار المعادلة في القيمة والمنفعة؛ لأنه لا بناء في الجانب الآخر، فاعتبرت المعادلة في القيمة.

والأصل عند أبي حنيفة رضي الله عنه اعتبار المعادلة في المنفعة ما أمكن، فإن كان بسبب اعتبارها ثبوت المعادلة من حيث القيمة، وفي القيمة تعذر اعتبار المعادلة من حيث المنفعة؛ لأنه لا يدري مقدار المنفعة في كل واحد منهما من حيث الوزن؛ لأنها غير موزونة، فاعتبرنا المعادلة في القيمة.

وفي مسألة الدار المشتركة، اعتبار المعادلة من حيث المنفعة غير ممكن؛ لأنه ليس لأحد الجانبين منفعة البناء.

وفي مسألة اعتبار المعادلة بين السفل والعلو من حيث المنفعة ممكن في الذرعان؛ لأنها من المذروعات، فالمنفعة الأصلية في العلو والسفل السكنى، ومنفعة السكنى في السفل على ضعف منفعة السكنى في العلو.

وبيان ذلك من وجهين:

كلاهما يبنيان على مسألة أخرى.

أن صاحب العلو هل له أن يعلي علوه؟

ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب مطلقا: أن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ليس له ذلك من غير فصل بينهما إذا أضر بصاحب السفل أو لم يضر، وعليه عامة المشايخ.

قال: لصاحب السفل أن يتسفل فيجعل تحته سردابًا إذا لم يضر ذلك العلو، وللسفل منفعتان بظاهره، ومنفعة بباطنه، وللعلو منفعة واحدة وهي المنفعة بظاهره.

وبعض مشايخنا قالوا: إن لصاحب العلو أن يعلي علوه إذا لم يضر بالسفل، كما أن لصاحب السفل أن يتسفل إذا لم يضر بالعلو.

فعلى قول هذا القائل: لا يتمشى ما ذكرنا من الوجه؛ لبيان التفاوت في المنفعة،

فيبين التفاوت من وجه آخر فيقول: للسفل قوام العلو، وبدون العلو، فيمكن الانتفاع به في حالين: مع العلو، وبدون العلو، وللعلو قوام مع السفل، أما لا قوام له بدون السفل، وإنما يمكن الانتفاع به في حالة واحدة مع قيام العلو، فكان منفعة السفل على الضعف من هذا الوجه، وإنما نفع المعادلة بينهما إذا حسب ذراع واحد من السفل على الضعف من هذا الوجه.

ولو كان علو منفرد مشتركًا بين رجلين، وسفل منفرد مشتركا بين هذين الرجلين، وبيت كامل مع العلو والسفل مشتركًا بين هذين الرجلين، فطلبوا القسمة من القاضي.

فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: يحسب ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل المفرد، حتى يكون ذراع من السفل من البيت الكامل بذراع من السفل المفرد، ونصف ذراع من السفل المفرد بذراع من العلو من البيت الكامل ويحسب ذراع واحد من البيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو المفرد، وبإزاء ذراع واحد من السفل من البيت الكامل، وذراع من العلو المفرد بإزاء ذراع واحد من العلو من البيت الكامل.

فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة؟

عند أبي حنيفة ومن مذهبه: أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة وحدة إذا لم يكن في دار واحدة.

قلنا: موضوع المسألة: أنها إذا كانت في دار واحدة والبنيان في دار واحدة، عند أبي حنيفة - رحمه الله -: يقسم قسمة جميع لما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولئن كانا في دارين، فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة، ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم عند أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز القسمة على هذا الوجه حالة التراضي لما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا كانت الدور ميراثًا بين قوم، أراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار

واحدة، وأبى الباقون ذلك.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: القاضي يقسم بينهم على كل دار على حدة ولا يجمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة إلا أن يصطلحا عليه، سواء كانت الدور متصلة متلازقة، أو متفرقة في محلة واحدة، أو في محلين في مصر واحد أو في مصرين.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: الرأي في ذلك للقاضي، فإن رأى الصواب أن يقسم كل دار على حدة، فعل ذلك.

ولم يذكر المصر الواحد أو المصرين على قولهما.

قال هلال الرأي وجماعة من مشايخنا: هذا الجواب على قولهما على ما إذا كانت في مصر واحد، فأما إذا كانت الدور في مصرين مختلفين، فالجواب فيه عندهما كالجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

فأما المنازل: إن كانت المنازل في دور متفرقة، أو في دار واحدة متباينة، بأن كانت إحدى المنازل في أقصى الدار والأخرى في أعلاها، فالجواب فيه كالجواب في الدور.

وإن كانت في دار واحدة لكنها متلازقة، تقسم قسمة واحدة بالإجماع.

أما البيوت: فإن كانت في دور مختلفة، لا تقسم قسمة واحدة كالدور، وإن كانت في دار واحدة، تقسم قسمة واحدة بالإجماع، متلازقة كانت أو متباينة.

وإذا تراضيا على قسمة الجمع، فالقاضي يقسم بينهم قسمة الجمع في الفصول كلها بلا خلاف.

ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة على هذا الترتيب في الباب الأول من كتاب القسمة.

وذكر في كتاب[١] قسمة الحيوان والعروض: إذا كانت العبيد بين قوم وطلب

---

(١) في ح: باب.

واحد منهم أن يجمع القاضي نصيبه في عبد واحد، فإن كان مع العبد شيء آخر هو محل القسمة للجميع، قسم القاضي الكل قسمة جمع بالإجماع، ويجعل ذلك الشيء أصلاً في القسمة والعبد تبعًا، ويجوز أن يثبت الشيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا.

وإن لم يكن مع العبد شيء آخر هو محل لقسمة الجميع، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: القاضي لا يقسم جمع.

وعلى قولهما: الرأي في ذلك إلى القاضي.

فعلى قياس المسألة: يجب أن يقال: في الدار والمنازل والبيوت، إذا كان شيء هو محل لقسمة الجمع، أن القاضي يقسم الكل قسمة جميع بالإجماع، ويجعل ذلك الشيء أصلاً في القسمة والدور والمنازل تبعًا.

والحاصل: أن القاضي لا يقسم الأجناس المختلفة من كل وجه قسمة جمع إذا أبى ذلك بعض الشركاء، بأن كان بين رجلين إبل وبقر وغنم، فطلب أحدهما من القاضي أن يجمع نصيبه في الإبل أو في البقر أو في الغنم، لا يقسم على هذا الوجه.

وفي الجنس المتحد يقسم الأعداد قسمة جمع عند طلب البعض، بأن كان بين رجلين غنم كثير أو كان بينهما إبل كثيرة، وطلب أحدهما من القاضي أن يجمع نصيبه في طائفة، فعلى القاضي ذلك.

والدور أجناس مختلفة من كل وجه عند أبي حنيفة - رحمه الله - والعبيد كذلك.

وإذا تراضيا على قسمة جائزة في الفصول كلها بالإجماع.

وإذا اختلفوا في قيمة البناء، قال بعضهم: يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض.

وقال بعضهم: بالدراهم، فالقاضي يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض.

فكان الفقيه أبو بكر الرازي يقول: إذا كان مع العبد شيء آخر هو محل القسمة

الجمع إنما يقسم القاضي الكل قسمة جمع إذا رضي الشركاء بقسمة الكل، أما إذا أبى البعض ذلك، فالقاضي لا يقسم قسمة جمع عنده.

فكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول: الأظهر عندي أن القاضي يقسم الكل قسمة جمع عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن أبى بعض الشركاء ذلك، ويجعل ذلك الشيء الذي مع العبيد أصلاً في القسمة ويجعل العبيد تبعًا.

فأبو حنيفة - رحمه الله - إنما لا يرى هذه المسألة في أرض بين جماعة أو كرم بين جماعة فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين بناء فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض.

قال: يجعل عوض البناء الأرض؛ لأن قيمة البناء لذرعان أعدل القيمة، فإنه يصل إلى كل واحد حقه ونصيبه في الحال، أما إذا جعل قيمة البناء بالدراهم يتأخر حق من له الدراهم إلى أن يحضر الدراهم، ويتعجل حق الآخر؛ ولأن تسليم الذرعان من الأرض أيسر، فكان هذا أولى من هذا الوجه.

ولو اختلفوا في الطريق، قال بعضهم: يرفع طريقًا:

وقال بعضهم: لا يرفع، فالقاضي ينظر: إن أمكن أن يفتح لكل واحد منهم طريقًا في نصيبه فإنه يقسم الكل ولا يرفع طريقًا فيما بينهم، وإن كان لا يمكن أن يرفع فيما بينهم لا يقسم قدر الطريق؛ لأن القسمة في الوجه الأول لا تتضمن تفويت منفعة كانت لهم، ولا كذلك الوجه الثاني.

قال مشايخنا - رحمهم الله - يريد بقوله: (يفتح في نصيبه طريقًا) يمر فيه رجل، لا طريقًا تمر فيه الحمولة، وإن كان لا يمر منه رجل فهذا ليس بطريق أصلاً.

ولو اختلفوا في تبعية الطريق وصفته في قسمة الدار.

قال بعضهم: يجعل تبعية الطريق أكثر من عرض الباب الأعظم، وطوله من الأعلى إلى السماء لا يقدر بطول الباب الأعظم، وطوله من الأعلى بقدر طول

الباب؛ لأن بهذا القدر يمكنهم الانتفاع بحسب ما كانوا ينتفعون قبل القسمة.

وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى، أن من أصابه فوق طول الباب إذا أراد أن يشرع جناحًا فوق طول الباب لا يمنع من ذلك؛ لأن ذلك خالص حقه، ولو أراد أن يشرع جناحًا فيما دون الباب يمنع عنه؛ لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك، والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشركاء.

وإن كان أرضا، يرفع مقدار ما يمر فيه ثور؛ لأنه لابد من الزراعة، ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر فيه ثوران معًا وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا يتناهى.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا كانت الأراضي بين شركاء، لأحدهم عشرة أسهم، ولآخر خمسة، ولآخر سهم، وأرادوا قسمتها، وأراد صاحب العشرة الأسهم أن تقع سهامه متصلة، ولا يرضى بذلك الذي له سهم واحد، قسمت الأراضي متصلة كانت أو متفرقة بينهم على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد.

وكيفية ذلك: أن يجعل الأراضي على عدد سهامهم ويقرع بينهم، فأول بندقة تخرج بموضع على طرف من أطراف السهام وهو أول السهام، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي؟ فإن كانت لصاحب العشرة أعطي له ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وضع البندقة عليه سهام صاحبها على الاتصال، ثم يقرع بين الستة كذلك، فأول بندقة تخرج يرجع على طرف من أطراف الستة الباقية، ثم ينظر إلى الستة لمن هي؟ فإن كان لصاحب الخمسة أعطي ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم، يبقى السهم الواحد لصاحبه، وإن كانت هذه البندقة لصاحب السهم الواحد ذلك السهم له والثاني لصاحب الخمسة.

وفيه أيضًا: رجلان بينهما خمسة أرغفة، لأحدهما رغيفان، وللآخر ثلاثة أرغفة، فدعوا بالثالث فأكلوا جميعًا مستوين، ثم إن الثالث أعطاهما خمسة دراهم وقال لهما: اقتسما بما بينكما على قدر ما أكلت من رغيفكما.

قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله -: لصاحب الرغيفين درهم منهما؛ لأن كل واحد منهم أكل رغيفين وثلثي رغيف، فصاحب الرغيفين أكل من رغيفه رغيفان وثلثي رغيف، فلم يأكل الثالث من رغيفه إلا ثلث رغيف، وصاحب الثلاث أكل من رغيفه رغيفًا وثلثي رغيف، فإنما أكل الثالث من رغيفه رغيفًا وثلث رغيف، فيجعل بمقابلة كل ثلث رغيف درهما، فيصير لصاحب الرغيفين منها درهم، ونصفين لصاحب الأرغفة الثلاث الأربعة دراهم.

قال الفقيه أبو الليث: وعندي أن لصاحب الرغيفين درهمين، وللآخر ثلاثة دراهم؛ لأن كل واحد منهم أكل من الثلاثة رغيفًا، ومن الرغيفين ثلثي رغيف، فيجعل كل ثلث بينهما، فيصير أكلا من الرغيفين سهمين، ومن الثلاثة ثلاثة أسهم، يقسم البدل كذلك.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل مات وترك ثلاث بنين وترك خمس عشرة خابية خمسة منها ملؤه خلاً، وخمسة منها إلى نصفها خلاً، وخمسة منها خالية مقسومة، فأراد البنون أن يقسموا الخوابي على السواء من غير أن يزيكوها عن موضعها، فالوجه في ذلك:

أن يعطي أحد البنين خابيتين مملوءتين وخابيتين خاليتين وخابية إلى نصفها خل، ويعطي الثاني كذلك، بقي هناك خمسة خوابي أحدها مملوءة وإحداها خالية وثلاث خوابي إلى نصفها خل، يعطي الثالث كذلك؛ لأن المساواة بذلك تقع.

سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن سلطان غرم أهل قرية، فأرادوا قسمة تلك الغرامة واختلفوا فيما بينهمز

قال بعضهم: يقسم على قدر الأملاك.

وقال بعضهم: يقسم على عدد الرؤوس.

قال: إن كانت الغرامة لتحصين أملاكهم يقسم ذلك على قدر الأملاك؛ لأنها مؤنة الملك فيقدر بقدر الملك، وإن كانت الغرامة لتحصين الأبدان يقسم ذلك على عدد

الرؤوس؛ لأنها مؤنة الرؤوس، ولا شيء على النسوان والصبيان في ذلك؛ لأنه لا يتعرض لهم.

سئل حمدان بن سهل عن قسمة الشنن، قال: تقسم بالكوارجات.

قيل: فإن لم يكن؟

قال: فبالحبال.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يجوز بالحبال؛ لقلة التفاوت فيها استحسانًا.

سئل شيخ الإسلام عن رجلين بينهما أعناب كرم على الشركة يقسمان ذلك بالربحية أو وزنًا بالقبان أو بالمران؟ قال: كل ذلك واسع؛ لأن الناس تعارفوا العنب كيليًا أو وزنيًا فيثبت التساوي بالطريقين جميعًا.

* * *

الفصل الثاني

في بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز قسمته وما لا يجوز

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: بيت بين رجلين، أراد أحدهما قسمته وأبى الآخر، ورفعا الأمر إلى القاضي، فإن كان البيت كبيرًا بحيث لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن ينتفع لنفسه انتفاع البيت كما قبل القسمة، فإن القاضي يجبر الآبي على القسمة، وإن كان البيت صغيرًا بحيث لو قسم لا يمكن لكل واحد منهما أن ينتفع انتفاع البيت، فإنه لا يجبر الآبي على القسمة؛ لأن في هذا الوجه طالب القسمة متعنت في طلب القسمة، قاصدًا للضرار بنفسه وشريكه بإتلاف منفعة كانت لهما قبل القسمة والتعنت مردود، وفي الوجه الأول: طالب القسمة قاصد تكميل منافع الملك على نفسه وعلى شريكه وشريكه في الإباء متعنت.

والحاصل: أن الجبر على القسمة إنما يجري فيما يحتمل القسمة، وما يحتمل القسمة مشاع لا تتبدل منفعته التي كانت قبل القسمة ولا تفوت القسمة، فأما المشاع الذي تتبدل منفعته التي كانت قبل القسمة يحتمل القسمة؛ فلا يجري فيه الجبر على القسمة، ولو طلب القسمة في الوجه الثاني من القاضي.

في رواية: يقسم القاضي بينهما، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الأصل في باب ما لا يقسم من العقار وغيره، وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله.

وفي رواية: لا يقسم القاضي بينهما ذلك بتركهما، وذلك إن شاءا اقتسما بأنفسهما، وإن شاءا تركا ذلك، وإليه مال كثير من المشايخ؛ لأن في هذه القسمة ضررًا للشركاء بإتلاف المنفعة عليهما، وليس للقاضي ولاية الإضرار بالغير وإن رضي ذلك الغير.

ذكر شيخ الإسلام في أول كتاب القسمة: أن القاضي لا يقسم.

ومشايخنا ذكروا في شروحهم: أن القاضي يقسم.

وذكر شيخ الإسلام في باب ما لا يقسم من العقارات في هذا الفصل روايتين:

أحدهما: وإن كان نصيب أحدهما من البيت شقصًا قليلاً لا يتشفع به إذا قسم البيت، ونصيب الآخر أكثر، فطلب أحدهما القسمة، فهذا على وجهين:

أن يطلب صاحب الكثير القسمة، فالحكم فيه أن القاضي يقسمها بينهم، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

وقال في باب ما لا يقسم من العقارات، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إذا كان الطريق بين قوم إن اقتسموها لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ، وأراد بعضهم قسمته وأبى الآخر، فإني لا أقسمه؛ لأن في قسمه ضررًا وفسادًا، وإن كان لكل واحد طريق ومنفذ فإني أقسمه بينهم.

بعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن المسألة محمولة على أن الطريق بينهم على السواء، أو كانت بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ، ويبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ، فالقاضي يقسم إذا طلب صاحب الكثير القسمة.

ومنهم من قال: الطريق لا يقسم في الحالين، بخلاف البيت.

والفرق على قول هذا القائل في قسمة الطريق تعطيل ملك صاحب القليل في داره؛ لأنه متى قسم الطريق ولا يمكنه التطرق فيما وقع في نصيبه لا يمكنه التطرق إلى داره فلا يمكنه الانتفاع بداره بعد ذلك، وتعطيل ملك الغير لا يجوز، وأما ليس في قسمة البيت تعطيل ملك صاحب القليل في نصيبه؛ لأنه يمكنه أن يدخل في بنائه ذلك فيوسع عليه منزله.

ألا ترى أنه لا يجوز التأتي في الطريق بين الشريكين، لما فيه من تعطيل الملك على كل واحد منهما في يوم صاحبه، فكذا لا يجوز قسمه.

وفيه الطريق إذا تضمنت تعطيل الملك على أحدهما، ويجوز التهايؤ في مسألة البيت؛ لأن ملك كل واحد منهما لا يتعطل في نوبة صاحبه؛ لأن صاحبه ينتفع به من جهته، فلو امتنعت القسمة في مسألة البيت إنما تمتنع لما فيها من قطع

الارتفاق[1] بنصيب صاحبه، إلا أن ذلك لا يصلح مانعًا.

ألا ترى أنه جاز استرداد العارية وإن كان فيها قطع الارتفاق على المستعير بملك الغير.

الوجه الثاني: إذا طلب صاحب القليل القسمة وأبى صاحب الكثير ذلك، ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المختصر: أنها تقسم.

وإليه ذهب شيخ الإسلام - رحمه الله -.

وذكر الكرخي - رحمه الله - في المختصر: أنها لا تقسم.

وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وجعل هذا قول أصحابنا - رحمهم الله -.

وإليه مال الحاكم عبد الرحمن، والقاضي الإمام الأسبيجابي، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - والفتوى على الأول؛ لأن الطالب رضي بالقسمة، وهذه القسمة لا تتضمن فوات منفعته على الآبي منفعة كانت له قبل القسمة؛ لأن قبل القسمة صاحب الكثير ينتفع بنصيبه فيكون هذا في حق الآبي قسمة لا إتلافًا، هكذا ذكر في شرح كتاب القسمة.

وذكر هو في شرح أدب القاضي للخصاف - رحمه الله -: أن الأصح أن القاضي لا يقسمها.

ووجه ذلك: أن الطالب وإن رضي بالضرر إلا أن رضاه بالضرر لا يلزم القاضي شيئًا، وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصال الطالب إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إذا كان بين رجلين حائط، طلب أحدهما القسمة من القاضي وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسمها؛ لأنه لو قسم بعد الهدم كان

---

(١) في ح: الاتفاق.

في الهدم إتلاف المنفعة؛ ولو قسم قبل الهدم بالمساحة كما يقسم الأرض كان ذلك سببًا لإتلاف المنفعة؛ لأن للطالب أن ينقض نصيبه بعد القسمة؛ لأنه يكون متضررًا[١] في نصيبه، وكما لا يجوز إتلاف منفعة الحمام؛ لأنه لا ينتفع به انتفاع الحمام إلا بجميعه إن قسموا ذلك فيما بينهم يزكيهم القاضي؛ لأن الحق لهم، فيكون التدبير في ذلك إليهم.

في المنتقى في أول الباب من كتاب القسمة: حائط بين الدارين سقط حتى بدا أسفله، قال أحد الشريكين في الحائط: اقسم، وقال الآخر: لا، بل أبني.

قال محمد - رحمه الله -: لا أقسم بينهما، فلعله أن يقع نصيب كل واحد منهما إن قسم مما يلي الآخر. رواه هشام - رحمه الله -.

وذكر في آخر هذا الباب: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: حائط بين رجلين وأرضه كذلك بينهما انهدم الحائط، وأرض الحائط مما يستطاع قسمته، طلب أحدهما القسمة، فإن كان لهما عليه جذوع، لا يقسم أرض الحائط، وإن لم يكن لأحدهما عليه جذوع قسمت أرض الحائط.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: في دكان في السوق بين رجلين يبيعان فيه بيعًا أو يعملان فيه عملاً ما بينهما، وأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر، فإن القاضي ينظر في ذلك: إن كان لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن يعمل في نصيبه العمل الذي كان يعمله قبل القسمة تم، وإن كان لا يمكنه ذاك، لا يقسم على ما ذكرنا.

وإن كان زرع بين رجلين وأرادا قسمة الزرع فيما بينهما دون الأرض، فالقاضي لا يقسمه إذا بلغ الزرع وسنبل؛ لأنه بعدما بلغ وسنبل صار مالية الربا، وفي القسمة معنى المبادلة فلا يجوز مجازفة.

فإن قيل: ينبغي أن يصرف حب ذلك إلى تبن هذا، وتبن ذلك إلى حب هذا، احتيالًا للجواز.

---

(١) في ح: متصرفا.

كما لو اشترى قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وقفيزي شعير، فإنه يصرف حنطة هذا الجانب إلى شعير ذلك الجانب، وشعير هذا الجانب إلى حنطة ذلك الجانب احتيالًا للجواز.

والجواب من وجهين:

أحدهما: أن موضع هذه المسألة أنهما طلبا القسمة من القاضي، ومتى كانت القسمة من القاضي، لا يمكن صرف الجنس فيها إلى خلاف الجنس؛ لأنها حينئذ تكون مبايعة، وإلى التراضي[1] عند طلب بعض الشركاء القسمة لا البيع، فعلى هذا التعليل لو حصلت القسمة بالتراضي يجوز؛ لأن لهما القسمة والمبايعة، فمتى تعذر مقاسمة يجوز مبايعة[2].

الوجه الثاني: أنه إنما يصرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا كان الجنس الآخر محلًا للبيع، ويجوز أن يرد العقد عليه بانفراده، كما في الحنطة مع الشعير، أما إذا لم يكن الجنس الآخر محلًا للبيع، فإنه لا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

ألا ترى أنه لو باع قفيز تمر بقفيزي تمر لا يجوز، ولا يصرف شحم هذا إلى نوى ذلك؛ لأن النوى بانفراده ليس محلًا للبيع فلا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول: الحنطة إن كانت محلًا للبيع فنبتها ليس بمحل للبيع.

ألا ترى أنه لا يجوز بيعه فلا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فعلى قود هذا التعليل، وإن اقتسما بتراضيهما لا يجوز، وأما إذا كان الزرع بقلا فإنما لا يقسم القاضي إذا كانت القسمة بشرط الترك؛ لأنه إذا قسم بشرط الترك فقد شرط في القسمة إعارة الأرض وإنه شرط فاسد، والقسمة لا تصح مع الشرط الفاسد، فأما إذا أراد القسمة بشرط القلع فله أن يقسم؛ إذ ليس في هذه القسمة بشرط العارية لو لم يصح إنما لا يصح لمكان الضرر وقد رضيا به، وهذا الجواب على إحدى الروايتين.

---

(١) في المحيط البرهاني: القاضي.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٤٤).

وأما على الرواية الأخرى: ينبغي ألا يقسم القاضي إن رضيا لما ذكرنا.

هذا إذا طلبا القسمة من القاضي، وإن طلب أحدهما وأبى الآخر فالقاضي لا يقسم على كل حال، ولو اقتسما الزرع بأنفسهما وإن كان الزرع قد بلغ وسنبل، فالجواب فيه قد مر.

وإن كان الزرع بقلا إن اقتسما بشرط الترك لا يجوز، وإن قسما بشرط القلع جاز باتفاق الروايات.

وفي المنتقى: زرع بين رجلين اقتسماه قبل أن يدرك.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يجوز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: أراه جائزا.

وقسمة الطلع بدون قسمة النخيل نظير قسمة الزرع قبل البلوغ بدون الأرض؛ إن اقتسما بشرط القلع جاز، وإن اقتسما بشرط الترك لا يجوز، فإن رفعا الأمر إلى القاضي فالقاضي لا يقسمه بشرط الترك وهل يقسمه ولا يشترط؟ فهو على الروايتين.

وإن طلب أحدهما القسمة فالقاضي لا يقسم لا بشرط القلع ولا بشرط الترك، ولا يقسم الساجة الواحدة واللؤلؤة الواحدة، وكل شيء يحتاج إلى كسره في قسمته، أو يشق، أو يقطع، لا يقسم، وطلب البعض إذا كان في قطعه أو بيعه أو كسره ضرر، وإن لم يكن كذلك يقسم.

واللآلئ واليواقيت تقسم؛ لأن الجنس واحد ومنفعة هذا الجنس مما لا يتفاوت تفاوتا لا يمكن استداركها بخلاف العبيد على قول أبي حنيفة.

وإن كانت قناة أو نهرا أو بئرا وعينًا وليس معه أرض، وطلب بعض الشركاء القسمة فالقاضي لا يقسم بينهم؛ لأن منفعة هذه الأشياء لا تحصل بالبعض، وإن كان مع ذلك أرض لا شرب لها إلا من ذلك قسمت الأرض وترك البئر والنهر والقناة[1] على الشركة.

---

(١) في ح: العيون.

وإن كان آبار أو أنهار الأرضين متفرقة، قسمت الأرض والآبار والعيون؛ لأن القسمة هاهنا ممكنة من غير ضرر، ولا كذلك الأرض الواحدة والنهر الواحد.

قال محمد رحمه الله في الأصل: وإذا كانت الدار بين ورثة فاقتسموها وفضلوا بعضها على البعض لفضل قيمة البناء، فهذه القسمة وهذا التفضيل جائز[١].

وصورته: إذا كانت الدار بين وارثين وهي ثلاثون ذراعا قيمة عشرة أذرع من جانب مثل قيمة عشرين ذراعًا من الجانب الآخر، إما لأجل البناء أو لمعنى من المعاني فاقتسما على أن يكون لأحدهما هذه العشرة وللآخر عشرون، فهذه القسمة جائزة، فاكتفي فيها بالمعادلة من حيث المعنى وهو المالية عند تعذر اعتبار المعادلة من حيث الصورة بالذرعان.

ولو اقتسما العرصة بالسوية نصفين وشرطا أن من دفع البناء في نصفه أعطى نصف قيمة البناء للآخر، فهذا على وجهين:

الأول: أن يقوموا البناء قيمة عدل قبل القسمة، معناه: سموا قيمة البناء وبينوها مثلًا مائة، وشرطوا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه خمسين درهمًا، وفي هذا الوجه: القسمة جائزة؛ لأنهما قسما الأرض بالسوية وباع الذي لم يقع البناء في نصيبه من البناء ببدل معلوم من صاحبه وكل ذلك جائز، ويعتبر الكل قسمة.

الوجه الثاني: وإذا لم يسموا قيمة البناء ولم يبينوها، وفي هذا الوجه: القسمة فاسدة قياسًا صحيحًا استحسانًا؛ لأنهما شرطا في القسمة ما يقتضيه القسمة من غير شرط، فإنهما لو اقتسما الأرض نصفين وتركا الثبات على الشركة وجب على الذي وقع البناء في نصيبه نصف قيمة البناء لصاحبه لما نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط لا يوجب فساد العقد، عرف ذلك في موضعه.

بخلاف ما لو شرط حنطة أو شعيرًا؛ لأن هناك شرطا ما لا يقتضيه القسمة من غير

---

(١) الأصل للشيباني (٣/ ٣٠٢).

شرط؛ لأنه من غير هذا الشرط لا يجب على من يقع البناء في نصيبه حنطة، أما هاهنا بخلافه.

وإذا اقتسما العرصة نصفين وتركا البناء كذلك على الشركة، وقع البناء في نصيبه نصف قيمة البناء للآخر؛ لأنه لا وجه إلى ترك البناء لذلك مشتركًا؛ لأن ما يجب البناء من الأرض صار ملكًا لأحدهما حتى تركنا البناء، كذلك يتضرر من وقعت ساحة الأرض في نصيبه نصف قيمة البناء للآخر؛ ولا وجه إلى أن يؤمر الذي لم يقع البناء في نصيبه بنقض نصيبه؛ لأنه لا يمكن نقض نصيبه إلا بعد نقض نصيب صاحبه وفي كل ضرر بصاحبه فلم يكن هاهنا بدّ سوى أن يتملك الذي لم يقع البناء في نصيبه الأرض ونصيب صاحبه من البناء، أو يتملك صاحب الأرض نصيب صاحبه من البناء، ويتملك صاحب الأرض نصيب صاحبه من البناء أولى؛ لأن التملك منه أقل، ولأن صاحب الأرض صاحب أصل، وصاحب البناء صاحب الشفع، واعتبار صاحب الأصل أولى على ما عرف.

وبهذا الطريق قلنا: إن الأرض المشتركة بين اثنين إذا قسمت وفيها زرع وأشجار، قسمت بدون الأشجار والزروع فوقعت الأشجار والزروع في نصيب أحدهما، فإن الذي وقع الأشجار والزروع في نصيبه يتملك نصيب صاحبه من الأشجار والزروع بالقيمة، وطريقه ما قلنا.

في المنتقى: ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله -: في أرض ميراث بين قوم في بعضها زرع، قسم القاضي الأرض بينهم بغير زرع من غير أن يقوم الزرع، وقال: ومن أصله الموضع الذي فيه الزرع أخذناه بقيمته، فلما أصاب ذلك واحدا منهم قال: أنا لا أرضى أن أغرم قيمة الزرع ولا حاجة لي في هذه القسمة، قال: يجبره القاضي على دفع قيمة الزرع ويمضي القضاء عليه.

قال: وكذلك هذا في الدار إذا قسمها القاضي على الزرع ولم يقوم البناء.

قال: ومن وقع هذا البناء في حصته أخذناه بقيمته سمى القيمة أو لم يسمها، قال

به.

وكان ابن أبي ليلى يفعل ذلك.

في نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: أرض بين اثنين بناها أحدهما، فقال الآخر: ارفع بناءك عنها، قال: تقسم الأرض بينهما، فما وقع من البناء في نصيب غير الثاني يدفع.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في آخر كتاب شرح القسمة: أن لغير الثاني أن ينقض البناء؛ لأن له ولاية النقض في نصيبه، والثمر غير ممكن.

وإذا كانت الدار في يد ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم يسألوا قسمتها.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: القاضي لا يقسم الدور وسائر العقار بإقرارهم حتى يقيموا البينة أن فلانا مات وتركها ميراثًا بينهم.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: قسموها بإقرارهم بينهم ويشهد على أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم لا بالبينة.

وعلى هذا الخلاف إذا أقروا أن معهم وارثًا آخر أو صغيرًا، والدار كلها في أيدي الذين حضروا عند القاضي وسألوه القسمة، وأجمعوا على أن الدار إذا كان كلها أو شيء منها في يد غائب أو صغير سوى هؤلاء الذين حضروا عند القاضي وطلبوا من القاضي القسمة، والقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث.

وأجمعوا في العروض إذا أقروا أنها ميراث بينهم والعروض في أيديهم، وطلبوا من القاضي القسمة أن القاضي يقسمها، وإن لم يقيموا على الميراث.

وأما إذا قالوا: اشترينا هذه الدار من فلان، وطلبوا من الوصي القسمة، فالقاضي يقسمها بينهم بإقرارهم عندهما.

وعند أبي حنيفة روايتان: في المشهور من الرواية: يقسموها بينهم بإقرارهم، كما هو مذهبهما.

وفي رواية قال: لا يقسمها حتى يقيموا البينة على الشراء من فلان.

وجه قولهما في فصل الميراث: أن إقرارهم أن الدار في أيديهم ميراث إقرار صحيح؛ لأن الدار في أيديهم لا ينازعهم أحد فيها، وقول صاحب اليد فيما في يده عند عدم المنازعة مقبول صحيح شرعًا، فلا حاجة إلى إثبات ذلك البينة، والدليل عليه فصل الشراء أو فصل العروض.

وهذا بخلاف ما إذا كانت الدار كلها أو شيء منها في يد الغائب؛ لأن هناك إقرارهم غير صحيح؛ لأنه لا يد لهم فيما أقروا فلا بد لهم من الإثبات بالبينة، أما هاهنا بخلافه.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك حكم حلل الميت؛ ألا ترى أن التركة إذا ازدادت قبل القسمة كانت الزيادة للميت حتى يقضي منها ديون الميت وتنفذ وصاياه، وبالقسمة ينقطع قدر ما بقي من الملك حتى تصير الزيادة لمن وقع في سهمه، وقولهم ليس بحجة على الميت.

بخلاف فصل المشتري على ظاهر الرواية؛ لأن القسمة هناك لا تتضمن بطلان شيء من ملك البائع؛ لأن المشتري بعد التنجز[1] ملك المشترى من كل وجه. ولم يبق للبائع فيه حق.

ألا ترى أن ما يحدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشتري.

وأما العروض، قلنا: القاضي لا يقسم العروض لقطع ما بقي من ملك الميت، وإنما يقسمها تحصينا على الميت؛ لأن العروض مما يخشى عليه التوى والتلف.

ألا ترى أن القاضي يبيع عروض الغائب، وإنما يبيعها تحصينا على الغائب.

وأما العقار محصنة بنفسها، فلم يكن قسمتها بطريق التحصين، بل كان لإزالة ملك الميت، فلا بد لذلك من حجة تقوم عند القاضي.

ثم على قولهما: إذا قسم القاضي الدار بين الورثة بإقرارهم، يشهد أنه قسم

---

(١) في ح: القبض.

بإقرارهم؛ لأن حكم القسمة بالبينة، فخالف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق، فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما إقامة البينة على الميت[(١)]، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى.

ألا ترى أنه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين إلا ببينة تقوم على الموت، فإذا كان بعض الورثة حضورًا والبعض غياب، والدار كلها أو بعضها في يد الغائب، وطلب الحاضر القسمة من القاضي وأقام البينة على الميراث، فإن كان الحاضر واحدًا فالقاضي لا يقبل بينته ولا يقسم الدار.

وعن أبي يوسف: أن القاضي ينصب عن الغائب خصمًا ويسمع البينة عليه ويقسم الدار.

وجه ظاهر الرواية: أن التركة قبل القسمة إن تعينت على حكم ملك الميت من وجه على ما مر صارت ملكا للورثة حتى لو أعتق واحد منهم عبدًا من التركة قبل القسمة، نفذ العتق في نصيبه، وكل واحد من الورثة قبل القسمة بنصيبه ونصيب شركائه، فالحاضر يدعي إزالة ما بقي من ملك الميت، ويدعي على شركائه قطع الارتفاق [في][(٢)] نصيبه، ولئن جاز القاضي نصيب الوصي من حيث إنه دعوى على الشركاء العيب، فلا يجوز له نصيب الوصي بالشك.

كما لو ادعى على الميت الحؤولة نصيب الوصي من حيث إنه دعوى أجنبي دما على الميت، وليس للميت وارث ولا وصي، فإن القاضي ينصب عنه وصيًّا؛ لأن ذلك دعوى على الميت من كل وجه، وللقاضي أن ينصب وصيًا عن الميت، أما هاهنا بخلافه.

وإذا لم يكن للقاضي أن ينصب وصيًّا عن الميت، وهذا الواحد لا يصلح خصمًا

---

(١) في ح: الموت.
(٢) سقط في ح.

عن الميت وعن سائر الشركاء؛ لأنه يدعي فلا يصلح مدعى عليه، فتعذر قبول بينته؛ لأن البينة من غير الخصم لا تقبل، فإن حضر اثنان وباقي المسألة بحالها فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيًا والآخر مدعى عليه، وأحد الورثة ينصب خصمًا عن الميت وعن باقي الورثة.

فإن قيل: كيف يجعل أحدهما يدعي عليه وكل واحد منهما مقر بما يدعيه صاحبه، والمقر بما يدعيه المدعي لا يصلح خصمًا للمدعي؟

قلنا: كل واحد منهما إنما يقر على الغير، والإقرار على الغير باطل، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

ألا ترى أن من ادعى على ميت دينا وأقر به وصيه؛ فإن المدعي يكلف بإقامة البينة وينتصب الوصي خصمًا له، وإن كان الوصي مقرًّا.

والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا كان بعض الورثة غائبًا وشيء من الدار في يده، فهو الجواب فيما إذا كان في الورثة صغير وشيء من الدار في يده، حضر واحد من الكبار وأقام البينة على الميراث وطلب من القاضي القسمة، فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقسم الدار بين الورثة، ولو حضر اثنان أو ثلاثة، فالقاضي يسمع بينتهم ويقسم الدار بين الورثة ولا يحتاج إلى نصب الوصي عن الصغير لصحة القسمة

وكذلك إذا كان بعض الورثة غائبًا وقد حضر اثنان من الورثة، فالقاضي يسمع بينتهما ويقسم الدار ولا يحتاج إلى نصب الوصي عن الغائب لصحة القسمة.

وفرق بين هذا وبين ما إذا كان الصغير غائبًا، فالقاضي لا ينصب خصمًا عنه ولا يسمع البينة من الحاضر.

والفرق: أن نصيب الخصم عن الغير لا يكون إلا لضرورة، وفي حق الحضور لا ضرورة؛ لأنه يمكن إحضار الصبي كما يمكن إحضار البائع، فلا ينصب القاضي عنه خصمًا في حق الحضور، فيجعل حضور الخصم كحضوره.

وإذا لم يكن للقاضي أن ينصب خصمًا عنه في هذه الصورة، يبقى المدعي من

غير خصم، والدعوى لا تصح من غير خصم، والبينة لا تسمع من غير دعوى صحيحة.

فأما إذا كان الصغير حاضرًا ففي نصيب الوصي لأجل الجواب ضرورة ولأن الدعوى قد صح على الصبي لكونه حاضرًا إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب عنه وصيًا ليجيب خصمه.

وبخلاف ما إذا وقع الدعوى على الميت؛ لأن هناك وقع العجز عن إحضاره وعن جوابه، فينصب القاضي عنه وصيًّا في الأمرين جميعًا.

وإذا كانت الدار ميراثًا وفيها وصية بالثلث، وبعض الورثة غائب والبعض حضور، فرفع الموصى له الأمر إلى القاضي فأقام البينة على الميراث والوصية وطلب القسمة، فاعلم بأن الموصى له شريك في هذه الدار وكان بمنزلة الوارث، فإن حضر بنفسه وحده فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقسم الدار، كما لو حضر واحد من الورثة، فإن حضر هو مع أحد الورثة، فالقاضي يسمع بينتهما ويقسم الدار، كما لو حضر وارثان.

وإن كانت الدار بين ثلاثة نفر بالشراء وأحدهم غائب، وأقام اثنان منهم البينة على الشراء وطلبا من القاضي القسمة، فالقاضي لا يسمع البينة ولا يقسم الدار بينهم، وهذا؛ لأن الحاضر من المشترين لا يبعث خصمًا عن الغائب منهم؛ لأن الثابت بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب مباشرة في نصيبه.

فأما الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث، وإنما انتقل إليهم ما كان من الملك المورث بطريق الخلافة عن الميت، فيستقيم أن يجعل البعض خصمًا عن البعض في ذلك، لاتحاد المسبب في حقهم، وهذا الخلافة عن الميت، وسيأتي جنس هذه المسائل بعد هذا بعد هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

وإن كانت الدار بين رجلين فيها صفة وفي الصفة بيت وطريق البيت والصفة وسبيل ما ظهر البيت على ظهر الصفة، فاقتسما فأصاب أحدهما الصفة وقطعه من

ساحة الدار، وأصاب الآخر البيت، وإن مر في الصفة على حالة ومسيل الماء على ظهر الصفة، فالمسألة على وجهين:

الأول: أن يكون لصاحب البيت إمكان فتح الطريق مسيل الماء في نصيبه من موضع آخر، وفي هذا الوجه: القسمة جائزة، وليس لصاحب البيت حق المرور في الصفة ولا حق مسيل الماء على ظهرها، سواء ذكرا في القسمة أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه أو [لم](1) يذكرا ذلك.

الوجه الثاني: إذا لم يكن لصاحب البيت إمكان فتح الطريق ومسيل الماء في نصيبه من موضع آخر، وفي هذا الوجه: إن ذكرا أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه، دخل الطريق ومسيل الماء في القسمة وقرب. والوجه في ذلك: أن عند ذكر الحقوق اجتمع في القسمة ما يوجب دخول الطريق ومسيل الماء في القسمة وهو اشتراط الحقوق كما في البيع، وما يمنع دخولهما وهو لفظة القسمة؛ لأن القسمة للإقرار وانقطع حق كل واحد منهما عن صاحبه، وإنما ينقطع حق صاحب البيت عن الصفة من كل وجه إذا لم يكن لصاحب البيت حق المرور في الصفة وحق مسيل الماء على ظهر الصفة، فالعمل بهما جميعًا في كل حال متعذر، فعملنا بلفظة القسمة إذا أمكنه فتح الطريق ومسيل الماء في نصيبه وألغينا شرط الحقوق؛ لأن العمل بحقيقة القسمة في هذه الصورة لا يفسد القسمة وأصل والشروط اتباع، وعملنا بشرط الحقوق هاهنا يفسد القسمة؛ ومتى فسدت القسمة فسد ما شرط فيها، وفي العمل بحقيقة القسمة في هذه الصورة إعمال للقسمة والشرط جميعًا، وفي العمل بالشرط اعتبار الشرط من كل وجه، واعتبار القسمة من وجه، فكان هذا أولى.

وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المختصر في هذا الوجه، وهو ما إذا لم يكن لصاحب البيت إمكان فتح الطريق ومسيل الماء في نصيبه من موضع آخر ولم يذكر الحقوق، أن الطريق والشرب يدخلان في القسمة كيلا تفسد القسمة،

---

(١) سقط في ح والسياق يتطلبها.

والصواب أنهما لا يدخلان على ما ذكرنا.

وفرق بين القسمة والإجارة، فإن الإجارة يدخل الطريق والشرب من غير ذكر الحقوق استحسانًا، حتى لا تفسد الإجارة، ولا يدخلان في القسمة وإن كان تفسد القسمة.

والفرق: أنا لو قلنا بدخول الطريق والمسيل في القسمة كما قلنا في الإجارة، لقلنا به بدلالة الحال؛ لأن الظاهر من حال العامل أن يقصد بتصرفه الصحة، إلا أن دلالة الحال لا عبرة لها إذا جاء الصريح بخلافها، كما في مسألة الأكرار إذا صرحا أن الجنس بالجنس وفي القسمة وجد النص بخلافها وهو لفظة القسمة؛ لأنها وضعت للإفراز وخلوص الأنصباء عن الشركة على ما مر.

وأما في الإجارة لم يوجد نص بخلاف دلالة الحال فلهذا افترقا، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام - رحمه الله - في الباب الأول من شرح كتاب القسمة.

وذكر في آخر الباب: إذا اقتسما دارًا، فلما وقعت الحدود بينهما فإذا أحدهما لا طريق له، فإن كان يقدر على أن يفتح في نصيبه طريقًا آخر، فالقسمة جائزة، وإن كان لا يقدر أن يفتح لنصيبه طريقًا آخر، إن علم وقت القسمة ألا طريق له فالقسمة جائزة، وإن لم يعلم فالقسمة فاسدة.

لأن في الوجه الأول: هذه قسمة تضمنت تفويت منفعة على أحد الشريكين برضاه.

وفي الوجه الثاني: من غير رضاه، والقسمة جائزة على هذا الوجه بالتراضي.

ألا ترى أن البيت الصغير لا يقسم إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، وإذا اقتسما بينهما بالتراضي جاز.

فعلى قياس تلك المسألة ينبغي أن يقال في المسألة المتقدمة في الوجه الثاني: إنهما إذا لم يذكر الحقوق إنما تفسد القسمة إذا لم يعلم صاحب البيت ألا طريق، وأما إذا علم لا تفسد القسمة.

وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن يقال في مسألة آخر الباب: إذا لم يقدر على أن يفتح لنصيبه طريقًا آخر إنما تفسد القسمة إذا لم يذكر الحقوق وأما إذا ذكر الحقوق يدخل الطريق تحت القسمة ولا تفسد القسمة وصار حاصل الجواب أيضا: إذا لم يقدر على أن يفتح لنصيبه طريقا آخر وإن ذكر الحقوق، يدخل الطريق والمسيل في القسمة ولا تفسد القسمة، وإن لم يذكر الحقوق حتى لم يدخل تحت القسمة إن علم وقت القسمة ألا طريق ولا مسيل له فالقسمة جائزة، وإن لم يعلم فالقسمة فاسدة.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب قسمة الأرضين والقرى: أن الطريق ومسيل الماء في القسمة بدون ذكر الحقوق، والمرافق إذا كان الطريق ومسيل الماء في أرض الغير ولم يكن في أنصبائهم، ولم يكن لكل واحد حدث هذه الحقوق في أنصبائهم حتى لا تفسد القسمة وكان هذا منا عملاً بدلالة الحال، فكان الظاهر من حالهما أنهما يقصدان الصحة، وليس في إدخال هذه الحقوق في القسمة في هذه الصورة ترك العمل بلفظة القسمة؛ لأن نصيب كل واحد منهما قد خلص، إذا كانت هذه الحقوق في ملك الغير.

بخلاف ما إذا كانت هذه الحقوق في أنصبائهم؛ لأن هناك لو دخل الطريق في القسمة لا يخلص نصيب كل واحد منهم له فلم يعمل بدلالة الحال ثمة، أما هذا بخلافه.

وإذا كانت الدار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الأرض كلها ويأخذ الآخر البناء كله ولا شيء له من الأرض، فهذا على ثلاثة أوجه:

الأول: إذا شرطا في القسمة على المشروط له البناء مشتريًا نصيب صاحبه من البعض بما ترك على صاحبه من نصيبه من الأرض، وإن سكتا عن القلع، أو لم يشترطا ذلك جازت القسمة أيضًا؛ لأنه لم يشرط لأحدهما البناء من غير الأرض،

ولا قرار للبناء إلا بالأرض، فكأنه شرط عليه القلع من حيث المعنى، وإن شرط[١] ترك البناء فالقسمة فاسدة؛ لأن المشروط له البناء يصير مشتريًا نصيب صاحبه من البناء ومنفعة الأرض بقدر ما يكون عليه قرار البناء بنصيبه من الأرض مما يقابل منفعة الأرض يكون إجارة، وهذه إجارة فاسدة لجهالة المدة، فهذه قسمة شرطت فيها إجارة فاسدة، والبيع شرطت فيه إجارة فاسدة.

وإذا وقع الحائط لأحد القسمين وعليه جذوع الآخر، وأراد صاحب الحائط أن يرفع الجذوع عن الحائط، ليس له ذلك إلا أن يكونا شرطا في القسمة رفع الجذوع سواء كان الجذوع لأحدهما على الخصوص من قبل القسمة، والحائط بينهما، أو كان السقف والجذوع مع الحائط مشتركًا بينهما، ثم صار الحائط لأحدهما بالقسمة[٢]، والسقف والجذوع للآخر.

وجه ذلك: أن اشتراط الحائط لأحدهما بحكم القسمة إن كان يقتضي خلوص الحائط عن شغل صاحبه واشترط السقف للآخر يوجب أن يكون الحائط مشغولًا بحق صاحب السقف، يسلم له ما شرط من السقف، فأحد الاعتبارين إن كان يوجب رفع البناء، فاعتبار الآخر يمنع رفع البناء؛ فلا يكون له الرفع بالشك، ثم جوز شرط رفع الجذوع في القسمة، وفيه نوع إشكال؛ لأن القسمة فيها معنى البيع، ولهذا كل شرط يفسد البيع يفسد القسمة، ثم بيع الجذوع في السقف بشرط الرفع لا يجوز، فكذا القسمة بهذا الشرط ينبغي ألا تجوز.

وإذا كان أصل الشركة الميراث، فجرى فيها الشراء بأن باع واحد منهم نصيبه، يقسم القاضي إذا حضر البعض.

فإذا كان أصلها للشراء، فجرى الميراث بأن مات واحد من المشترين[٣]،

(١) في ح: شرطا.
(٢) في ح: بالقيمة.
(٣) في ح: المشتريين.

فالقاضي لا يقسم حتى يحضر سائر المشترين[(١)].

لأن في الوجه الأول: المشتري قام مقام البائع في الشركة الأولى وكان أصلها وراثة.

وفي الوجه الثاني: الوارث قام مقام المورث في الشركة الأولى وكان أصلها شراء، فينظر في هذا إلى الأول.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: وفي هذا الموضع أيضًا صفة بين خمسة من الورثة، واحد منهم صغير، واثنان غائبان، واثنان حاضران، فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين وطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضي وأخبراه بالقضية، فالقاضي يأمر شريكه[(٢)] بالقسمة ويجعل وكيلاً عن الغائب والصغير.

ميراث بين رجلين في دار، وميراث بينهما في دار أخرى، فاصطلحا على أن لأحدهما ما في هذه الدار، وللآخر ما في تلك الدار وأراد مع ذلك دراهم مسماة، فإن كان سميا السهام كم هي من كل دار جاز، وإن لم يسمياه ولم يعلما كم هي لم يجز؛ لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما، وهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة.

وإذا كانت الدار مشتركة بين رجلين اقتسماها ورفعا بينهما طريقا بمقدار السدس، وجعلا نصيب أحدهما الدار، ونصيب الآخر ثلث الدار، على أن يكون الطريق لصاحب الثلث، ولصاحب النصف فيه حق المرور، فهذه القسمة جائزة.

بعض مشايخنا قالوا: هذه المسألة دليل على أن بيع حق المرور على الانفراد جائز؛ لأن الذي شرط له المرور في الطريق صار مشتريا حق المرور من الذي شرط له فيه الطريق بما ترك عليه من نصيبه من الدار.

بعض مشايخنا قالوا: هذا المسألة لا تدل على جواز بيع حق المرور، وليس طريق جواز هذه القسمة ما قالوا، وإنما طريقه أن ممر الطريق كان مملوكا لهما وكان

---

(١) في ح: المشتريين.
(٢) في ح: شريكيه.

لهما حق المرور فيه، وقد جعل أحدهما نصيبه من رقبة الطريق ملكا لصاحبه عوضا عن بعض ما أخذ من نصيب صاحبه بالقسمة وبقي لنفسه حق المرور، وهذا جائز بالشرط، كمن باع طريقا مملوكا من غيره، على أن يكون له حق المرور، وكمن باع السفل على أن يكون له حق قرار العلو، فإنه يجوز كذا ههنا.

وإذا كانت الدار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى، اقتسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والآخر الشقص، إن علما سهام الشقص كم هي فالقسمة جائزة، وإن لم يعلما فالقسمة مردودة، وإن علم أحدهما وجهل الآخر فالقسمة مردودة أيضًا، هكذا ذكر في كتاب القسمة.

بعض مشايخنا قالوا: إن علم المشروط له الشقص، فهذا الجواب لا يستقيم على قول الكل، ويجب أن تجوز القسمة عند الكل، وإن علم المشارط وجهل المشروط له، فهذا الجواب لا يستقيم على قول أبي يوسف، ويجب أن تجوز القسمة عنده.

أصل المسألة ما ذكر في كتاب الشفعة.

إذا اشترى الرجل نصيب غيره من دار وقد علم أحدهما قدر النصيب دون الآخر إن علم المشتري جاز بالاتفاق، وإن علم البائع ولم يعلم المشتري جاز على قول أبي يوسف خلافًا لهما.

ومنهم من قال: لا، بل الجواب كما أطلق في كتاب القسمة، والقسمة مردودة عندهم جميعًا.

وفرق هذا القائل بين القسمة والبيع، واختلفوا فيما بينهم في جهة الفرق:

منهم من قال: الفرق من جهة الموضوع، موضوع المسألة في كتاب الشفعة: أن البائع أضاف البيع إلى نصيبه ودخل تحت البيع جميع نصيبه بحكم الإضافة، فلا يبقى للبائع حق المنازعة بعد ذلك، بأن قال: عنيت بتعييني كذا. وموضوع المسألة هنا أنهما ما أضاف الشقص إلى أنفسهما إنما ذكر الشقص مطلقًا، وعند ذكر الشقص مطلقًا جهل ذلك فتقع المنازعة في مقدار الشقص، الشارط يقول: عنيت بالشقص

كذا ولي الثاني، وأن اسم الشقص يقع على بعض نصيبه كما يقع على كله، والمشروط له يقول: عنيت بذلك جميع نصيبك، فتقع المنازعة من هذا الوجه.

قياس مسألة البيع من مسألة القسمة: إن قال البائع: بعت نصيبًا من هذا الدار، ولو قال هكذا لا يجوز بلا خلاف.

وقياس مسألة القسمة من مسألة البيع: إن كان الشقص مضافًا إليهما، ولو كان كذلك بأن قال: هذه الدار لأحدنا والشقص الذي لنا في الدار الأخرى للآخر، ولو قال هكذا كانت مسألة القسمة نظير مسألة البيع، على الوفاق إن جهل البائع، وعلى هذا الخلاف إن جهل المشتري، وبهذا قال شيخ الإسلام خواهرزاده، وشيخ الإسلام شمس الأئمة - رحمهما الله -.

ومن المشايخ من فرق بين القسمة والبيع من حيث الحقيقة.

والفرق: أن مبنى القسمة على المعادلة في المنفعة والمالية، ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما إلا إذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما، فأما عقد معاوضة يقصد به الاسترباح، والمشتري هو الذي يقتضي المبيع، فيشترطان ليكون مقدار المبيع معلومًا له، فأما حق البائع في الثمن وهو معلوم، وبتحقق هذا المعنى يظهر الفرق.

إذا اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم شريك غائب أو صغير ليس له وصي، لا تصح القسمة، وإن فعلوا ذلك بأمر القاضي صحت القسمة؛ لأن فعلهم بأمر القاضي كفعل القاضي بنفسه، ولو قسم القاضي بنفسه وفيهم غائب أو صغير تصح القسمة وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وكذا إذا فعلوا بأمر القاضي، وإن قدم الغائب وأجاز قسمتهم جاز، وكذلك إذا بلغ الصغير وأجاز قسمتهم جاز؛ لأن هذا تصرف عقد وله مخير حال وقوعه، والغائب يخير، وكذلك أن الصغير أو وصيه يخيره، وكذلك كل تصرف عقد وله مخير حال وقوعه يتوقف.

فإن قيل: في هذا توقيف الشراء، ومن مذهبنا أن الشراء لا يتوقف إذا كان شراء

تحصينًا بأن اشترى شيئًا بدراهم لغيره بغير أمره، فأما إذا كان الشراء فيه بيع، فإنه يتوقف، كما لو اشترى جارية لنفسه بعبد للغير، فإن شراء الجارية يقف؛ لأنه بيع في حق العبد.

إذا ثبت هذا فنقول: هذا القسمة شراء فيها معنى البيع، فجاز أن يتوقف.

وإن مات الغائب أو الوصي فأجاز وارثه، عمل إجازة الوارث عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وعند محمد: تبطل القسمة.

وجه قول محمد - رحمه الله -: أن موت من له الإجازة قبل الإجازة يبطل العقد كالبيع المحض.

وجه قولهما: أنا لو أبطلنا القسمة بموت من له الإجازة احتجنا إلى إعادة مثله ثانيًا، فما كان للإبطال فائدة، ثم إنما نعمل الإجازة من الغائب أو من الوارث أو من الوصي أو من الصبي بعد البلوغ، إذا كان ما وقع عليه القسمة قائمًا وقت الإجازة، وأما إذا هلك فلا، كالبيع المحض الموقوف على الإجازة إنما تعمل فيه الإجازة إذا كان المبيع قائمًا وقت الإجازة، كما تثبت الإجازة بالقول صريحًا، تثبت دلالة بالفعل كما في البيع المحض.

* * *

الفصل الثالث

في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر، وما لا يدخل

وتدخل الشجرة في قسمة الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، كما يدخل في بيع الأرض، ولا يدخل الزرع والثمار في قسمة الأراضي وإن ذكروا الحقوق؛ لأن الثمار والزروع ليست من حقوق الأرض، وما لا ينتفع بها بدون الأرض يكون من توابع الأرض، والزرع والثمار مما ينتفع بها بدون الأرض فلا يكون من حقوق الأرض، ولهذا لا يدخل في البيع المحض بذكر الحقوق، وكذلك إن ذكر المرافق مكان الحقوق لا يدخل الزرع والثمار في ظاهر الرواية؛ لأن في العرف يراد بالمرافق الحقوق فصار ذكر المرافق والحقوق، ولو ذكروا في القسمة بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها إن قال: أجرها من حقوقها، لا يدخل الثمار والزروع، وإن لم يقل: من حقوقها، يدخل.

والأمتعة الموضوعة لا تدخل على كل حال؛ لأن الأمتعة وإن كانت فيها وليست منها بوجه ما؛ هو إنما شرط لصاحبها كل قليل وكثير هو فيها من كل وجه ومنها من وجه، ومنها ما يكون فيها لا يكون له بخلاف الزرع؛ لأنه فيها من كل وجه ومنها من وجه؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال لبث، بهذا الطريق دخل الزرع في بيع الأرض بذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها.

وأما الشرب والطريق هل يدخلان من غير ذكر الحقوق في القسمة؟

ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المختصر: فإنهما يدخلان.

وهكذا [ذكر][(١)] محمد - رحمه الله - في الأصل في موضع آخر من هذا الكتاب فإنه قال: إذا كانت الأرض بين قوم ميراثًا اقتسموها بغير قضاء، فأصاب كل إنسان منهم فراح على حده، فله طريقه الشرب والطريق ومسيل مائه وكل حق لها، والصحيح أنهما لا يدخلان في البيع بدون ذكر الحقوق، فكذلك في القسمة؛ لأنها

(١) سقط في ح.

بمعنى البيع[١].

الآن، فرق ما بين البيع والقسمة: أن البيع جائز على كل حال، والقسمة جائزة إن أمكنه أن يجعل لأرضه سردابًا وطريقًا من موضع آخر، فإن لم يمكنه، إن علم وقت القسمة ألا طريق ولا شرب له فكذلك القسمة جائزة، وإن لم يعلم فالقسمة باطلة؛ لأن البيع وضع لتمليك ما عقد عليه، وقد حصل هذا المعنى على كل حال، وأما القسمة فكما أن فيها معنى التمليك ففيها معنى الإقرار، لما كان لهم من المنفعة والمالية قبل القسمة، وإنما يتحقق الإقرار إذا لم يتضمن تفويت منفعة على بعض الشركاء، منفعة كانت لهم قبل القسمة، فبدون ذلك لا تكون قسمة على الحقيقة فيتوقف على رضائهم، ثم إذا ذكر الحقوق والمرافق في القسمة، وإنما يستحق له الحقوق والطريق فيما أصاب صاحبه بالقسمة إن لم يمكنه إيجاد طريق آخر، أما إذا أمكنه فلا، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم.

ولو كان الطريق في أرض غيرهما استحق كل واحد منهما الطريق بذكر الحقوق أمكنه اتخاذ طريق آخر، أو لم يمكنه، ولم يذكر الحقوق والمرافق في القسمة، وإنما ذكر كل قليل أو كثير هو فيها، هل يدخل الطريق والشرب؟

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في المسألة روايتان:

في رواية: لا يدخل؛ لأن هذه الحقوق ليست في المبيع ولا منها.

وفي رواية هذا الكتاب: يدخل بحكم العرف، فإنه كما يراد بهذه الكلمة إدخال باقيها، ومنها يراد به إدخال هذه الحقوق.

اقتسم نفر أرضًا على أن لفلان هذه النخلة، والنخلة في غير هذه القطعة، وعلى أن لفلان آخر هذه القطعة الأخرى، وعلى أن للثالث القطعة التي فيها تلك النخلة، فالذي شرط له النخلة بأصلها من الأرض، حتى لم يكن الذي شرط له القطعة التي فيها النخلة أن يقطع النخلة، فالنخلة تستحق بأصلها في القسمة.

---

(١) في ح: المبيع.

وكذلك في الإقرار: إذا أقر لرجل بنخلة، فإنه يستحقها بأصلها.

وإذا باع النخلة أو باع الشجرة مطلقًا.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -: أن في المسألة روايتين.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه اختلافا بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

على قول أبي يوسف - رحمه الله -: يستحق النخلة بأصلها.

وعلى قول محمد: لا يستحق.

فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين القسمة والإقرار.

والفرق: أن في القسمة بعض نصيب كل واحد منهما باعتبار أصل ملكه، وأصل ملكه في النخلة، فإنما يكون محله قبل القطع، فمن ضرورة الاستحقاق بعض النخلة بأصلها الاستحقاق جميع النخلة، وكذلك في الإقرار؛ لأن الإقرار وإخبار بملك النخلة له، فأما البيع إيجاب ملك مبتدأ، فلا يستحق إلا المسمى فيه، والنخلة اسم لما ارتفع من الأرض لا الأرض، فلا يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شيء من الأرض بتسمية النخلة في البيع ما لم يسم النخلة بأصلها، والحائط يستحق بأصله في الإقرار، والقسمة في الإقرار، القسمة[1] والبيع باتفاق الروايات. هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -.

وذكر الخصاف في كتاب الشروط: أن الحائط والنخلة والشجرة سواء.

ثم ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب: أن الشجرة تستحق بأصلها في القسمة، ولم يذكر مقدار ذلك.

بعض مشايخنا قالوا: يدخل في القسمة من الأرض ما كان يجز بإزاء العروق يوم القسمة عروقًا لو قطعت تلك الشجرة[2].

---

(١) في ح: والقسمة.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٥٤).

وإليه مال شمس الأئمة - رحمه الله -.

وبعضهم قالوا: لا يدخل من الأرض مقدار غلظ الشجرة يوم القسمة، وإليه أشار في الكتاب.

فإنه قال: إذا ازدادت النخلة غلظا، كان لصاحب الأرض أن ينحت ما ازدادت، فدل أن الداخل قدر ما تحته من الأرض بمقدار غلظ الشجرة وقت القسمة، فإن قطع الذي أصابه النخلة أو الشجرة، فله أن يغرس مكانها ما بدا له؛ لأن صاحبها ملك من الأرض بمقدار الغلظ الذي كان وقت القسمة، فكان له أن يتصرف فيها ما شاء، وإن أراد أن يمر إليها فمنعه صاحب الأرض عنه، إن ذكروا في القسمة: بكل حق هو لها، فليس لصاحب الأرض أن يمنعه، وله الطريق إلى النخلة، وإن لم يذكروا ذلك، إن علم وقت القسمة ألا طريق له فالقسمة جائزة، وإلا فالقسمة مردودة.

وإن كانت قرية وأرضًا ورحى بين قوم من الميراث، فاقتسموها وأصاب رجلاً الرحى ونهرها، وأصاب آخر البيوت وأقرحة مسماة وأصاب آخر أقرحة مسماة، فاقتسموها بكل حق هو لها، وأراد صاحب النهر أن يمر إلى نهره في أرض أصاب صاحبه القسمة فمنعه صاحبه، فليس له منعه إذا كان نهره في وسط أرض هذا، فلا يصل إليه إلا بأرضه؛ لأن ذكر الحقوق والحالة هذه لاشتراط الطريق يستحق بالشرط.

وإن كان يصل بدون أرضه، بأن كان النهر منفرجًا مع حد الأرض، لم يكن له أن يمر في أرض هذا.

وإن كان الطريق إلى النهر في أرض الغير، لا في نصيب صاحبه يدخل في القسمة بذكر الحقوق، أمكنه الوصول إلى النهر بدون ذلك الأرض أو لم يمكنه، وقد مر جنس هذا.

وإن يشترطوا في القسمة الحقوق والمرافق وما أشبههما وإن كان في أرض الغير، فإن لم يمكنه فتح الطريق، فالقسمة فاسدة، إلا إذا علم بذلك وقت القسمة.

وإن أمكنه فتح الطريق في نصيبه، فالقسمة جائزة.

وكذلك إذا أمكنه المرور في بطن النهر، بأن نضب الماء عن موضع وكان يمكنه المرور في ذلك، فهو قادر على أن يمر في نصيبه، فتكون القسمة جائزة.

وإن لم يكن شيء من النهر مكسوفًا فالقسمة فاسدة؛ لأن المرور متعذر إن كان الماء كثيرًا ومنعه إن كان الماء قليلاً فلا يلتفت إليه، والتحق هذا بما إذا لم يمكنه فتح الطريق في نصيبه.

ويدخل العلو والكشف الشارع في قسمة الدار، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق.

والطلة لا تدخل بدون ذكر الحقوق والمرافق عند أبي حنيفة، وعندهما: تدخل إذا كان فتحها من الدار، والجواب في القسمة نظير الجواب في البيع.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: دار بين قوم اقتسموها، فوقع في نصيب أحدهم بيت فيه حمامات وإن لم يذكروا الحمامات في القسمة فهي بيت لهم كما كانت، فإن ذكروها، فإن كانت لا توجد إلا بصيد فالقسمة فاسدة، لما ذكرنا: أن القسمة في معنى البيع، وبيع الحمامات إذا كانت لا توجد إلا بصيد فاسد، فكذا القسمة.

وإن كانت الحمامات توجد بغير صيد فالقسمة جائزة؛ لأن بيع الحمامات إن كانت توجد بغير صيد، جائز. وهذا كله إن اقتسموها بالليل حتى اجتمعت كلها في البيت.

وأما إذا اقتسموها بالنهار بعدما خرجن من البيت فالقسمة فاسدة كالبيع.

وفي مجموع النوازل: شريكان اقتسما كرمًا وفيه أعناب وثمار، فإن قالا: على أن هذا النصف لفلان بكل قليل وكثير، أو قالا: بما فيه من الأعناب والثمار، تصير الأعناب والثمار مقسومة، وإن لم يقولا ذلك، تبقى مشتركة؛ لأن قسمة العقار بيع وبيع الكرم لا يكون بيعا للأعناب والثمار إلا بالتنصيص عليه، أو بذكر القليل والكثير.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: كرم بين اثنين اقتسماه، فوقع النصف الأعلى في نصيب أحدهما مع الطريق القديم، فوقع النصف الأسفل في نصيب الآخر مع طريق رفعوه للنصف الأسفل أشجار.

قال الفقيه أبو القاسم: الأشجار لمن جعل له الطريق.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: إن جعلا تلك الطريق له فالأشجار له؛ لأنها بمنزلة الأرض، والشجر تدخل في بيع الأرض تبعًا، وإن جعلا له حق المرور له، لا يملك الطريق، فالطريق يبقى مشتركا.

وفيه أيضًا: لو كان بين شريكين دار فرفعا بابا منها ووضعاه فيها ثم قسما الدار، فالباب الموضوع لا يدخل في القسمة إلا بالذكر كما في البيع.

❊ ❊ ❊

الفصل الرابع

في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها

يجب أن يعلم أن الملك لا يقع لواحد من الشركاء في سهم بعينه بنفس القسمة، بل يتوقف ذلك بأحد معان أربعة: إما القبض، أو قضاء القاضي، أو القرعة، ويوكلوا رجلاً يلزم كل واحد منهما سهمًا.

قال محمد - رحمه الله -: وإذا كان القسم أو ما أشبهه بين رجلين وأرادا قسمتها وقسماها نصفين ولم يحضرا عن طلب المعادلة، ثم بدا لأحدهما الرجوع، فإن بدا له قبل تمام القسمة، فإن كان ذلك قبل خروج القرعة فله الرجوع؛ لأن المقصود من القسمة وهو تعيين الأنصباء لم يحصل قبل الإقراع، فحال ما قبل الإقراع في القسمة والمقصود لم يحصل، كحال المساومة في باب البيع.

وإن بدا له بعد تمام القسمة، بأن بدا له بعدما خرجت قرعهما، أو بعدما خرجت قرعة أحدهما وتعين نصيب كل واحد منهما بمنزلة الرجوع؛ لأن القسمة في معنى البيع، والرجوع عن البيع بعد تمامه لا يعمل، وكذا الرجوع عن القسمة.

وإن كان الشركاء ثلاثة أو أكثر فهذه المسألة في الحاصل على وجهين:

إن كان القاسم نائب القاضي أو القاضي لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء بعد خروج بعض السهام، ولا كذلك قبل خروج شيء من السهام.

وإن كان القاضي وغير نائبه والشركاء ثلاثة، فخرج قرعة أحدهم، فلكل واحد منهم الرجوع؛ لأن القسمة لم تتم في حق كل واحد منهم إنشاء في حق من لم تخرج قرعته؛ لأنه لم يتعين نصيب كل واحد منهما، وأما في حق من خرجت قرعته وإن تعين نصيبه، إلا أن ما يترك على صاحبه من نصيبه لم يتعين كأنه وجد أحد شطري القسمة، وإن خرجت قرعة اثنين منهم، ثم أراد أحدهم أن يرجع، ليس له ذلك؛ لأنه تعين نصيب كل واحد، فالقسمة في حقوقهم؛ لأن بخروج السهمين يتعين السهم الثالث.

ولو كان الشركاء أربعة، ما لم تخرج قرعة ثلاثة منهم، كان لكل واحد منهم الرجوع، وهو بناء على ما قلنا.

وفي نوادر ابن رستم: لو كانت القسمة من القاضي، أو من قسامه، فليس لأحد الشركاء الرجوع، وإن لم تخرج أصلاً؛ لأن القاضي يجبرهم على ذلك، فلا يلتفت إلى رجوع واحد، لا بعد خروج القرعة ولا قبل خروجها.

وإن كان غنم بين قوم تساهموا عليها قبل أن يقسموها، فأيهم خرج سهمه أولا عدوا له كذا الأول، فهذا لا يجوز؛ لأنه مجهول؛ لأنه لا يدري ما يصيب كل واحد منهم بعد الإقراع فإنه لا يدري أي عنزة تعد له، والجيد أو الوسط أو الرديء، وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة فتفسد القسمة، كما يفسد البيع.

وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم، فجعلوا الإبل والبقر قسما، والغنم قسما، ثم تساهموا عليها وأقرعوا فهذا جائز؛ لأن ما يصيب كل واحد منهم منها بعد القرعة معلوم، بخلاف الفصل الأول، فإن ما يصيب كل واحد بعد القرعة ليس بمعلوم.

وإذا كانت الدار بين رجلين، فاقتسما على أن لأحدهما الثلث من مؤخرها، والآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقها، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم تقع الحدود بينهما، ولا يعتبر رضاهما بما قالا قبل وقوع الحدود، وإنما يعتبر رضاهما بعد وقوع الحدود؛ وهذا؛ لأن الرضا بالقسمة إنما يعتبر وقت وجود القسمة وتمامها، كالرضا بالبيع يعتبر بعد وجود البيع وتمامه، وتمام القسمة بوقوع الحدود والتعيين، إما بالقبض أو الإقرار؛ لأن الإقرار به يتحقق.

وذكر في الأجناس: القرعة ثلاث[1]:

الأولى: لإثبات حق وإبطال حق آخر، وإنها باطلة، كمن أعتق أحد عبديه، يعتبر عينه ثم يعين بالقرعة.

والأخرى: لطيبة النفس، وإنها جائزة، كما يقرع بين النساء ليسافر بها.

والثالثة: في إثبات حق واحد وفي مقابلته مثله، يقرر[2] بها كل حق ما أقسمه، وهو جائز.

---

(١) في ح: ثلاثة.
(٢) في ح: فيقرر.

ومما يتصل بهذا الفصل آخر القسام.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: أجر قاسم الأرضين والدور على عدد الرؤوس.

وقالا: على قدر الأنصباء.

حجتهما: إنما يستحق الأجر بالعمل، وعمل القاسم الذرع والمساحة يكثر بكثرة المحل، فيكون عمله في نصيب صاحب الكثير أكثر، فيكون الأجر على صاحب الكثير.

ألا ترى أن الشركاء في دار إذا استأجروا رجلاً لتطيين سطح الدار، والشركاء إذا استأجروا رجلاً لكريها، أو الشركاء في الحنطة إذا استأجروا رجلا ليطحنها أو يحملها، أو الشركاء في الحائط إذا استأجروا رجلاً ليبنيه، كان الأجر عليهم على قدر الأنصباء، وطريقه ما قلنا.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن منفعة عمله وقع للشركاء بالسوية؛ لأن منفعة عمل القاسم تعيين نصيب كل واحد منهم، وتعيين نصيب كل واحد منهم لا يحصل إلا بالعمل في أنصباء الكل، وأنه ما لم ينسخ الكل لا يمكنه نصيب كل واحد منهم، وإذا كان هكذا كان العمل في نصيب كل واحد منهم واقعا له ولشركائه على السواء، فهو معنى قولنا: إن منفعة عمله وقع للشركاء بالسوية، بخلاف تلك الصورة لأمثال منفعة عمل العامل لم يقع لهم على السوية؛ لأن ما هو المقصود من العمل في تلك الصورة يحصل بوجود العمل في بعض المحل على الخصوص، فإنه لو طين بعض المسح أو طحن بعض الحنطة أو بني بعض الجدار، لا يتحقق ما هو المقصود من عمل الأجير بذلك القدر بدون العمل في الباقي، وإذا كان هكذا جعل عمل الأجير في نصيب كل واحد منهم واقعا له خاصة.

وإذا استأجر رجلاً ليكيل له حنطة مشتركة بينهم أو لذرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار على القسمة، فالمسألة على الخلاف، وإن كان الاستئجار لنفس

الكيل والذرع، ليصير الكيل والذرع[١] معلوم الذرع والقدر، فالأجر على قدر الأنصباء، هذا جملة ما أورد شيخ الإسلام في شرحه.

وبعض أصحاب الشروح ذكروا في شروحهم قالوا: وهذا إذا طلبوا من القاضي القسمة وقسمها نائب القاضي أو قسمها القاضي بنفسه، وأما إذا استأجروا رجلاً ليقسم ما بينهم فالأجر عليهم على السواء، ولكن الكلام بعد هذا أن صاحب القليل يرجع بالزيادة على صاحب الكثير.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا يرجع.

وقالا: وكذلك إذا وكلا رجلاً أن يستأجر قاسمًا يقسم الدار بينهم، فالأجر على الوكيل، ويرجع الوكيل عليهم بالأجر على السوية عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: يرجع على كل واحد منهم على قدر الملك.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: في أكوار حنطة بين رجلين، فأجر الكيل على الأنصباء، وأجر الحساب على الرؤوس.

قال: ما كان من عمل فهو على الأنصباء، وما كان من حساب فهو على الرؤوس، في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

* * *

(١) في ح: والثوب.

الفصل الخامس
في القسمة يستحق منها شيء

وإذا وقعت القسمة بين الشركاء في دار أو أرض، ثم استحق منها، ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الأصل وجعلها على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يستحق جزء شائع من كل الدار، بأن يستحق نصف الدار أو ثلثها أو ما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه: القسمة فاسدة.

الوجه الثاني: إذا استحق جزءا بعينه، فما أصاب كل واحد منهم، وفي هذا الوجه: القسمة صحيحة، فما بقي بعد الاستحقاق.

والفرق بين الوجهين: أن القسمة في الوجه الأول تفيد فائدتها؛ لأن فائدة القسمة إقرار الأنصباء، ولما ظهر لهم شريك آخر في كل الدار، ظهر أن الإقرار لم يحصل؛ لأن نصيب الذي ظهر شائع في الأنصباء.

وأما في الوجه الثاني: القسمة متعذرة؛ لأن ما هو المقصود من العمل القسمة، وهو الإقرار حاصل هاهنا فيما وراء المستحق، ليس للذي ظهر فيه نصيب؛ ألا ترى بأن المستحق عليه الخيار؛ لأنه تعنت بسبب نصيبه لشريكه، فإن بعض القسمة عاد الأمر إلى ما كان قبل القسمة وهاهنا نقول: القسمة فيما وراء المستحق، وإن أجاز القسمة رجع على صاحبه بعوض المستحق به، وذلك لأنا نعتبر استحقاق البعض باستحقاق الكل، ولو استحق نصيب كل واحد منهم، رجع على صاحبه بثلث كل ما في يد كل واحد منهما؛ لأن الذي أصاب المستحق عليه بالقسمة ثلثه كان له في الأصل، وثلثاه اشتراه من صاحبيه من كل واحد منهما الثلث، إنما ترك لكل واحد منهما مما أصابه، فما كان له في الأصل لا يرجع على أحد، وما اشتراه منهما كان له أن يرجع عليهما بحصته، وذلك ما في يد كل واحد من صاحبيه، فعند استحقاق النصف يرجع بسدس ما في يد كل واحد من صاحبيه وعلى هذا القياس فافهم.

الوجه الثالث: إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهم، وفي هذا الوجه:

القسمة لا تفيد عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ويكون للمستحق عليه الخيار؛ لأن هذه القسمة أفادت فائدتها، وهو امتياز نصيب كل واحد من المتقاسمين، وانقطاع الشركة فيما بينهما.

وعند أبي يوسف: القسمة فاسدة.

وقول محمد - رحمه الله - مضطرب.

وذكر في نسخ أبي حفص قوله مع أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وذكر في نسخ أبي سليمان قوله مع أبي يوسف.

وهكذا أثبته الحاكم الشهيد في المختصر، والأول أصح.

وقد روى ابن سماعة وابن رستم قول محمد مع أبي حنيفة.

وفي الشروط: جعل المسألة على ثلاثة أوجه أيضًا، لكن لم يذكر ثمة ما إذا استحق جزء شائع من كل الدار، وذكر مكانه ما استحق جميع نصيب أحدهم، ذكر أن القسمة باطلة، ويقسم الباقي وهو الذي لم يستحق سهما، إن كان قائما في يد الآخر لم يبعه، فإن كان باعه، فالبيع ماض؛ لأن نصف ما باع قديم ملكه، ونصفه عوض عما ترك لصاحبه وتبين أن ذلك كان مستحقًا وبدل المستحق مملوك، فالبيع صادف ملكه وعليه أن يرد على المستحق عليه نصف قيمة ما باع.

وذكر ما إذا استحق جزء بعينه من نصيب أحدهما، وأجاب: أن القسمة باطلة في الكل، بخلاف ما ذكر في الأصل على ما مر من قبل هذا.

وذكر أيضًا ما إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهما.

وذكر في المسألة خلافًا بين أبي حنيفة وصاحبيه.

على قول أبي حنيفة: لا تنتقض القسمة، ولكن يجبر المستحق عليه إن بعض القسمة، وقسم ما بقي في يده إلى ما كان في يد الآخر فيقسمانه نصفين.

* * *

الفصل السادس

في قسمة التركة، وعلى الميت أو له دين على الموصى له، وفي ظهور الدين بعد القسمة، وفي ظهور الوارث والموصى له بعد القسمة في دعوى الوارث دينا على الميت، أو عينا من أعيان التركة بعد القسمة

قال محمد - رحمه الله -: إذا اقتسم الورثة دار الميت أو أرضا لميت، وعلى الميت دين، فحال الغريم بطلب الدين، فإن لهم أن ينقضوا القسمة، سواء كان الدين قليلاً أو كثيرًا.

يجب أن يعلم أن الورثة إذا طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم وصاحب الدين غائب، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة، فالقاضي لا يقسمها بينهم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة، فلا تكون في القسمة فائدة فلا يقسمها، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة.

فالقياس: أن يقسمها أيضًا، بل يوقف الكل.

وفي الاستحسان: يوقف مقدار الدين، وقسم الباقي بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقًا للتركة لا يمنع حرمان الإرث فيها، فصارت التركة بأجمعها مملوكة للورثة، إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقض قضائه بعد ذلك، ولا يأخذ منهم كفيلاً بشيء.

قيل: هذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

أما على قولهما: يأخذ منهم كفيلاً.

وإن لم يكن الدين معلومًا للقاضي، فالقاضي يسألهم هل على الميت دين؟ فإن قالوا: لا، فالقاضي يقسمها بينهم، فإن ظهر دين بعد القسمة فالقسمة مردودة، إلا إن نقصوا دينهم من مالهم؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالتركة، وبتعلق حق الغير بالمقسوم يمتنع نفاذ القسمة حتى يسقط في حقه، كما يمتنع نفاذ البيع.

وكذلك لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع فالقسمة مردودة؛ لأنه

ظهر أن في التركة شريكا آخرا وقد قسموا دونه.

فإن قالت الورثة: نحن نقضي حق الموصى له بالثلث أو الربع، أو حق الوارث الذي ظهر من مالنا ولا تنقض القسمة، لا يكون لهم ذلك إلا أن يرضى به الوارث أو الموصى له بالثلث أو الربع.

ولو قالوا: نحن نقضي حق الموصى له بالألف المرسلة أو حق الغريم من مالنا ولا ننقض القسمة، فلهم ذلك.

والفرق بينهما: أنا نعتبر الانتهاء في المسألتين جميعًا بالابتداء في ابتداء القسمة، إذا أرادوا أن يقسموا التركة فيما بينهم ويعطوا حق الوارث فالموصى له بالثلث أو الربع من مالهم، ليس لهم ذلك إلا برضى الوارث والموصى له؛ لأن حقهما عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما، فكذلك في الانتهاء لو أرادوا أن يقسموا التركة فيما بينهم ويعطوا حق الوارث فالموصى له بالثلث أو الربع من مالهم، ليس لهم ذلك إلا برضا الوارث والموصى له؛ لأن حقهما عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما، فكذا في الانتهاء.

ولو أرادوا أن يقسموا التركة ويعطوا حق الغريم والموصى له بألف مرسلة من مالهم، كان لهم ذلك؛ لأن حقهما في معنى التركة وهو المالية لا في عين التركة، وفيما يرجع إلى المالية التركة ومال الوارث سواء، فكذا في الانتهاء.

وكذلك إن كان للميت مال آخر لم يدخل في القسمة، وليس للغريم ولا للموصى له بألف مرسلة حق نقض القسمة، ويعطى حقهما من المال الذي لم يدخل تحت القسمة.

وكذلك إذا كانوا غيبًا لو انتصب الغريم بأن كان الدين معلومًا، أو يتبرع إنسان بقضاء دين الميت، أو يتبرع وارث بقضاء دين الميت، لا يكون للغريم حق نقض[1] القسمة وإن أدى بعض الورثة دين الميت ليرجع به في التركة، فالقسمة مردودة؛ لأنه

---

(١) في ح: بعض.

قام مقام الغريم في هذه الصورة، بخلاف ما إذا تبرع.

وإن قسم الورثة التركة فيما بينهم ومعهم وارث آخر غائب، وعزلوا نصيب الغائب، فإن كانت القسمة بغير قضاء[1]، فالذي حضر أن ينقض القسمة، وإن كانت القسمة بقضاء، فليس للذي حضر أن ينقض القسمة، وإن كان مكان الوارث موصى له بالثلث وهو غائب فحضر، فإن كانت القسمة بغير قضاء فله أن ينقض القسمة إذا عزل القاضي نصيبه؛ لأن الموصى له بالثلث كأحد الورثة، فيكون الحكم فيه كالحكم في أحد الورثة إذا كان غائبًا.

وبعضهم قالوا: له أن ينقض القسمة وإن عزل القاضي نصيبه.

هذا القائل يفرق بين الوارث وبين الموصى له، والقول الأول أصح.

وإن لم يكن على الميت دين، فمات بعض ورثته قبل القسمة وعليه دين، أو كان له وارث صغير، فاقتسم ورثة الميت الأول، فلغريم الميت الثاني أن ينقض القسمة.

وكذلك لوارثه الغائب أو الصغير إذا كبر، له أن ينقض القسمة.

وإذا ادعى أحد الورثة دينا في التركة بعد الفراغ من القسمة صح دعواه وسمعت بينته.

ولو ادعى عينا من أعيان التركة أنه كان له اشتراه من الميت في حياته، لا تصح دعواه ولا تسمع بينته.

والفرق: في دعوى العين تناقض؛ لأن إقدامه على قسمة هذا العين إقرار بصحة هذه القسمة في هذه العين، ولا تصح القسمة فيه بين الورثة لو كان ملكًا لهذا الوارث فكان الإقدام على القسمة إقرارًا منه أن هذه العين ليست له، فيصير بدعواه له متناقضًا.

أما في دعوى الدين لا تناقض؛ لأن القسمة صحيحة مع قيام الدين، إلا أن

(١) في ح: فليس، وهو خطأ.

للغريم حق نقض[1] القسمة، فإذا لم يكن فيه تناقض كان مسموعًا.

قال: وله أن ينقض القسمة وإن باشرها؛ لأن مباشرة القسمة لا تكون أعلى حالا من إجازة القسمة نصًا، والغريم إذا أجاز القسمة ثم أراد نقضها، فله ذلك فهذا أولى.

وإذا أقر الرجل أن فلانًا مات وترك هذه الدار ميراثًا ولم يقل: لهم أو لورثته، ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث، إذا ادعى دينا لنفسه على الميت، قبلت بينته.

ولو كان قال: ترك هذه الدار ميراثًا لهم، أو قال: لورثته، وباقي المسالة بحالها، لا تقبل بينته.

لأن في الفصل الثاني متناقض، وفي الفصل الأول غير متناقض؛ لأنه لم يسبق منه في الفصل الأول الإقرار بكون هذه الدار متروك الميت؛ لأن الميراث من الميت ما تركه الميت، والدين والوصية لا يتنافيان كونها متروك الميت؛ لأن الدين والوصية إنما يقضيان من تركة الميت.

أما في الفصل الثاني: سبق منه الإقرار بكون الدار مملوكًا لهم بالكلية، وإنما تكون الدار مملوكًا لهم بالكلية إذا لم يكن له وصية ولا دين، وإذا قسم الورثة الدين فيما بينهم، فهذا على وجهين:

إما إن كان الدين للميت، وفي هذا الوجه: إن قسموا الدين والعين جملة؛ بأن شرطوا في القسمة أن الدين الذي على فلان لهذا الوارث مع هذا العين، والدين الذي على فلان لهذا الوارث الآخر مع هذا العين، فهذه المسألة باطلة في العين والدين.

وإن قسموا الأعيان ثم قسموا الديون، باطلة؛ لأن الدين معلوم حقيقة، لكن أعطي له حكم الموجود في حق الشراء وأشباه ذلك لحاجة الناس، ولا حاجة في حق القسمة، فبقي على العدم في حق القسمة، وقسمة المعدوم باطلة؛ لأن القسمة

---

(١) في ح: بعض.

في الأصل شرعت لتكميل المنفعة، ولا وجود لذلك في الدين.

الوجه الثاني: إذا كان الدين على الميت فاقتسموا على أن ضمن كل واحد منهم دين غريم على حدة، أو اقتسموا على أن ضمن أحدهم جميع الدين، فإن كان الضمان مشروطًا في القسمة فالقسمة فاسدة؛ لأن هذه قسمة شرطت فيها كفالة بدين لم يجب القسمة، ومثل هذا يوجب فساد البيع فيوجب فساد القسمة.

وإن لم يكن الضمان مشروطا في القسمة، إنما ضمن بعد القسمة بغير شرط، فهذا على ثلاثة أوجه:

إن ضمن بشرط اتباع الشركة، لم تكن القسمة نافذة على معنى أن له أن ينقضها؛ لأنه قام مقام الغريم، وإن ضمن على ألا يتبع الميت ولا ميراثه بشيء وعلى أن يبرئ الغريم الميت، كان هذا جائزًا إن رضي الغرماء، ونفذت القسمة، وهذا؛ لأنه لما [شرط في الضمان][1] أن يبرئ الغريم الميت، صارت الكفالة حوالة وحلت التركة عن الدين، والمانع من لزوم القسمة قيام الدين في التركة، وإن أبوا ضمانه، فلهم نقض القسمة.

وإن لم يشترط على أن يبرئ الغريم الميت لا تنفذ القسمة وإن رضي الغرماء به؛ لأنه تبقى الكفالة، فلا تخلو التركة عن الدين الغريم الذي له على الميت دين إذا أجاز القسمة التي قسمها الورثة، ثم أراد نقضها، كان له ذلك في باب قسمة دين الميت.

* * *

(١) سقط في ح.

الفصل السابع

في بيان من يلي القسمة على الغير، ومن لا يلي

الأصل: أن من ملك بيع شيء ملك قسمته؛ لأن في القسمة بيعًا وإقرارًا، ومن ملك بيع شيء ملك إقراره ضرورة.

إذا عرفت هذا فنقول: الأب ويقاسم مال ولده الصغير عقارًا كان أو منقولًا، بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش، فكذا القسمة. ووصي الأب في ذلك بمنزلة الأب، وأما وصي الأم تقاسم مال ولدها الصغير سوى العقار من منزلة الأم إذا لم يكن للصغير أحد ممن سميناه، ولا مال له من غير تركة الأم، العقار والمنقول في ذلك على السواء؛ وهذا؛ لأن وصي الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها تملك بيع منقول؛ لأنها التي يرثها هذا الصغير تحصينًا على نفسها وعلى الصغير، فإنها ما لم تحصن وتحفظه، لا يبقى[1] لها ولا يبقى الصغير موروثًا من جهتها، وكانت تملك أن تحفظ ما ورثه الصغير من غيرها بعينها، وما كانت تملك أن تحفظ ما ورثه الصغير من غيرها بعينها، وما كانت تملك بيعها العقار والمنقول على السواء في ذلك، وما كانت تملك بيع عقارات نفسها التي يرثها هذا الصغير تحصينًا؛ لأنها تحصنه بنفسها وإنما كانت تملك بيعها لحاجتها إلى الثمن.

إذا ثبت هذا في حق الأم ثبت في حق وصيها الذي هو قائم مقامها، فيملك وصيها بيع المنقولات التي ورثها من الأم تحصينًا، وإنما يملك بيعها لحاجته إلى ثمنها، بأن كان عليه دين ولا وفاء له إلا من ثمنها، ولا يملك ما ورث الصغير من غير الأم العقار والمنقول في ذلك سواء.

وإذا عرفت الجواب في البيع، ظهر الجواب في القسمة، ففي كل موضع يملك هذا الوصي البيع ملك القسمة؛ لأن في القسمة تحصينًا، فإن الإنسان على تحصين المقسوم أقدر.

---

(١) في ح: يصير.

وفي موضع لا يملك البيع لا يملك القسمة، وكل جواب عرفته في وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم وابن العم يقاسم ما ورث الصغير من غيرهم العقار والمنقول في ذلك سواء؛ لأنه لا ولاية لهؤلاء على الصغير، كما لا ولاية للأم فكانوا بمنزلة الأم، فكان وصيهم بمنزلة وصي الأم.

ولا يجوز بيع الأب الكافر على ابنه المسلم.

وكذلك لا يجوز قسمة الأب المملوك على ابنه الحر.

ولا يجوز قسمة الملقط على اللقيط، كما لا يجوز بيعه.

ولا يجوز قسمة الوصي بين الصغيرين، كما لا يجوز بيعه مال أحدهما من الآخر، بخلاف الأب، فإنه إذا قاسم مال أولاده الصغار أو بنيهم يجوز، كما لو باع مال بعض أولاده الصغار من البعض، فالحيلة في ذلك الموصي: أن يبيع حصة أحد الصغيرين مشاعًا من رجل، ثم يقاسم مع المشتري حصة الصغير الذي لم يبع نصيبه، ثم يشتري حصة الصغير الذي باع نصيبه لذلك الصغير فيهما ونصيب كل واحد من الصغيرين، وإنما جاز هذه القسمة؛ لأنها جرت بين اثنين، بين المشتري وبين الوصي.

وحيلة أخرى: أن يبيع حصتهما من رجل، ثم يشتري حصة كل واحد منهما مقدرًا.

والوصي إذا قاسم مالًا مشتركًا بينه وبين الصغير لا يجوز إلا إذا كان للصغير فيها منفعة ظاهرة عند أبي حنيفة - رحمه الله.

وعند محمد - رحمه الله -: لا يجوز، وإن كان للصغير منفعة ظاهرة، ويجوز للأب أن يقاسم مالًا مشتركًا بينه وبين الصغير وإن لم يكن للصغير فيه منفعة ظاهرة.

وإن كان في الورثة صغار وكبار والكبار حضور، فقاسم الوصي الكبار وميز نصيب الصغار جملة ولم يقدر نصيب كل صغير، جازت القسمة؛ لأنها جرت بين اثنين، فإن قسم الوصي حصة الصغار بعد ذلك، لا تجوز هذه القسمة؛ لأنها جرت

بين واحد.

ولا يجوز قسمة الوصي على الكبار للعيب في العقار، وتجوز قسمته في العروض، يريد به: إذا كانت الورثة كلهم كبارا وبعضهم حضور وبعضهم غيب، فقاسم الحضور وأفرز نصيبهم.

زاد البقالي - رحمه الله -: العروض من تركة الأب.

وإن كان فيهم صغير وكبير حاضر وكبير غائب، فعزل الوصي نصيب الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبير الحاضر، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: جازت قسمته في العقار والعروض.

وعلى قولهما: لا يجوز في العقار، ويجوز في العروض كما في البيع.

وإذا كانت الورثة صغارًا وكبارًا، فعزل الوصي نصيب كل واحد من الصغير والكبار وقسمه بين الكل، لا يجوز أصلاً؛ لأن القسمة فيما بين الصغار لم تجر أصلاً؛ لأنها جرت بين الواحد، وإذا لم تجز القسمة فيما بين الصغار، لم تجز في حق الكبار؛ لأن من حكم القسمة متى صارت أن يمتاز حق بعض الشركاء، ولم يوجد في هذه القسمة ذلك.

وإذا قاسم الوصي الموصى له بالثلث، والورثة صغار، ودفع إليه الثلث، وأحد الثلثين للورثة، صح. ولو هلك عنده فلا ضمان عليه؛ لأن له ولاية على الصغار.

ولو كانت الورثة كبارًا غيبًا، فقاسم الوصي الموصى له وأخذ نصيب الورثة، جاز. كذا ذكر في الأصل.

وفي اختلاف زفر ويعقوب: أن القسمة في العروض جائزة، وفي العقار لا تجوز القسمة في قول أبي حنيفة وزفر، خلافًا لأبي يوسف - رحمهما الله -.

ولو كان الموصى له غائبًا والورثة كبار حضور، فقاسم الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له، فالقسمة باطلة في قول أبي حنيفة وزفر خلافًا لأبي يوسف.

ذكر الخلاف على هذا الوجه في اختلاف زفر ويعقوب.

فوجه قول أبي حنيفة وزفر - رضي الله عنهما -: أن الوصي قائم مقام الموصي لو كان حيا لا يملك هذا عليهم في مالهم، ولذلك الوصي.

وإذا نصب القاضي وصيا لليتيم في كل شيء، فقاسم عليه في العقار والعروض جاز؛ لأن وصي القاضي يملك بيع مال الصغير أي شيء كان، فكذا يملك القسمة، هذا إذا جعله القاضي وصيًّا في كل شيء، وأما إذا جعله وصيًّا في النفقة أو في حفظ شيء بعينه، لم تجز قسمته؛ لأنه لا يملك بيع ماله إذا فوض إليه أمرًا خاصًّا، فكذا لا يملك القسمة.

وهذا بخلاف وصي الأب، فإن الأب إذا أوصى إليه في نوع، يصير وصيا في الأنواع كلها.

وإذا اقتسم الوصيان المال وأخذ أحدهما نصيب بعض الورثة، وأخذ الآخر نصيب بعض الورثة، لا يجوز.

أما عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما -: فلأنهما لوصي واحد، حتى لا ينفرد أحدهما إلا في أشياء معدودة، فهذه قسمة بين واحد.

وأما عند أبي يوسف - رحمه الله -: فإن كل واحد منهما مثل الآخر، فتصير مقاسمة أحدهما صاحبه كمقاسمة نفسه، وذلك لا يجوز.

وإن غاب أحدهما فقاسم الآخر الورثة، لا يجوز عندهما، خلافًا لأبي يوسف.

ولا تجوز القسمة على المبرشم والمغمى عليه والزمنى ويعتق إلا برضاه أو بوكالته في حال صحته وإفاقته؛ وهذا؛ لأن العارض على شرف الزوال فكان ملحقًا بالعدم، إلا أنه موجود حقيقة، فما ثبت للغير عليه من الولاية الثابتة الوكالة حالة الصحة لا يزول، ما لم يكن ثابتًا للغير عليه من الولاية لا يثبت.

* * *

الفصل الثامن
في دعوى الغلط في القسمة

يجب أن يعلم بأن دعوى الغلط في القسمة نوعان:

دعوى الغلط في التقويم.

ودعوى الغلط في مقدار أداء الواجب بالقسمة.

فأما دعوى الغلط في التقويم فهو نوعان: نوع يصح.

ونوع لا يصح.

والذي لا يصح: أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم، يعني: يشير بأن كان ما يدعي من الغلط يدخل تحت تقويم المقومين، فهذا الدعوى لا يصح، ولو أقام البينة عليه لا تسمع بينته، حصلت القسمة بقضاء القاضي أو بتراضيهما، لوجهين:

أحدهما: أن الإحراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن.

والثاني: أنه يؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه يمكنه أن يدعي مثل ذلك في القسمة الثانية والثالثة.

والذي يصح: أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن فاحش، إن كان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين، فإنه صحيح، وإن حصلت القسمة بقضاء القاضي؛ لأنا لو سمعنا هذا الدعوى ونقضنا هذه القسمة لا يؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه لا يقع مثل هذا الغبن في القسمة الثانية والثالثة؛ لأنه لا يتصور التقويم في المرة الثانية على وجه لا يتحقق؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، أما البيع من غير المالك ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي.

ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القسمة، فإذا ظهر في القسمة غبن

فاحش لما[(١)] هو شرط جواز القسمة فات يجب نقضها، فكان الدعوى مفيدًا من هذا الوجه.

والصدر الشهيد - رحمه الله - كان يأخذ بالقول الأول.

وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني.

وذكر القاضي الإمام الأسبيجابي في شرح أدب القاضي: أن دعوى الغلط بعد القسمة غير صحيح إذا كانت القسمة بالتراضي.

وبعض المشايخ قالوا: تسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي.

وذكر في شرح الأسبيجابي دقيقة في هذا الفصل، فقال: وهذا كله إذا لم يقر كل واحد منهما بالاستيفاء، فأما إذا أقر بذلك، لا تسمع دعوى الغلط والغبن من كل واحد منهما بعد ذلك، إنما تسمع دعوى الغصب.

وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان:

نوع يوجب التحالف.

ونوع لا يوجب التحالف.

أن يدعي أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيًا الغصب بدعوى الغلط، كمائة شاة بين رجلين اقتسما، ثم قال أحدهما لصاحبه: قد قضيت شيئًا غلطا، فإنما اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون، ولم يقم لواحد منهما بينة، فهذا صورة دعوى الغلط في القسمة من غير دعوى الغصب؛ وهذا؛ لأن غصب أحد المتعاقدين المعقود عليه من العاقد لا يتصور قبل قبض العاقد الآخر إياه منه، فإن البائع إذا منع المبيع من المشتري بعد نقد الثمن، لا يصير غاصبًا، حتى لو هلك فإنما يهلك بالثمن كما قبل المبيع، وإنما وجب التحالف؛ لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان المعقود عليه قائمًا، فكذا في

---

(١) في ح: فما.

القسمة يتحالفان إذا كان المقسوم قائما بعينه، وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق.

وأما إذا سبق، لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب.

والذي لا يوجب التحالف: أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيًا الغصب بدعوى الغلط، بأن قال في مسألة الشاة: قسمنا بالسوية وأخذنا ثم أخذت خمسة من نصيبي غلطًا، وقال الآخر: ما أخذت شيئا من نصيبك غلطا ولكن قسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون، ولا بينة لواحد منهما، فإنهما لا يتحالفان، ويجعل القول قول المدعى عليه الغلط، وإن اختلفا في الحاصل في مقدار الواجب بالقسمة كما في المسألة الأولى وأنه يوجب التحالف؛ وذلك؛ لأن بهذا الاختيار، إن كان يجب التحالف فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس، فإذا وجب من وجه دون وجه، ولا يجب؛ لأنهما تصادقا على تمام القسمة وصحتها، وأحد الاعتبارين يوجب الفسخ بالتحالف، والآخر يمنع فلا يفسخ بالشك.

إذا اقتسم القوم أرضًا ودارًا بينهم وقبض كل واحد منهم حقه من ذلك، ثم ادعى أحدهما الغلط فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال في ذلك: لا تعاد القسمة حتى يقيم البينة على ما ادعى، فإذا أقام البينة أعيدت القسمة فيما بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه، ودعوى الغلط بعد القبض دعوى الغصب، وفي دعوى الغصب يقضي للمدعي لما قامت البينة عليه ولا تعاد القسمة.

والجواب على هذا أن يقال: إن محمدًا - رحمه الله - أذكر إعادة القسمة عند إقامة المدعي البينة على دعوى الغلط، ولم يبين كيفية الدعوى، فيحمل دعواه على وجه يجب إعادة القسمة عند إقامة البينة.

وبيان ذلك الوجه: أن يقول مدعي الغلط لصاحبه: قسمنا الدار بيننا بالسوية على

أن يكون[1] لي ألف ذراع ولك ألف ذراع وقبضنا ثم إنك أخذت مائة ذراع من نصيبي من مكان بعينه غلطا، ويقول الآخر: لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ومائة ذراع ولك تسعمائة ذراع، فشهد الشهود أن القسمة كانت بالسوية ولم يشهدوا أن هذا أخذ مائة ذراع من مكان بعينه من نصيب المدعي فثبت بهذه البينة أن القسمة كانت بالسوية، وفي يد أحدهما زيادة ولا يدري أن حق المدعي في أي جانب، فتجب الإعادة ليستويا وتكون هذه الشهادة مسموعة، وإن لم يشهدوا بالغصب؛ لأن يدعي الغلط في هذا الوجه يدعي شين القسمة بالسوية، وإن لم يكن للمدعي بينة على ما ادعى، حلف المدعي قبله الغلط، ولا يتحالفان؛ لأن المدعي بدعوى الغلط هاهنا ادعى الغصب، والتحالف لا يجري في مثل هذا، فإن حلف المدعي قبله الغلط، ولا يتحالفان؛ لأن المدعي بدعوى الغلط هاهنا ادعى الغصب، والتحالف لا يجري في مثل هذا، فإن حلف المدعي قبله الغلط لم يثبت الغلط والقسمة باقية على حالها، وإن نكل ثبت الغلط فتعاد القسمة كما في فصل البينة.

قال: وكذلك كل قسمة في غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل والموزون ادعى فيه أحدهم غلطًا بعد القسمة والقبض فهو على مثل ذلك، ولم يرد بهذه البينونة من جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى في جميع الأحكام، وإنما أراد بها التسوية في حق بعض الأحكام وهو ألا تعاد القسمة بمجرد الدعوى.

ألا ترى أن في المكيل والموزون إذا أقام مدعي الغلط البينة على ما ادعى لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما، وفي البقر والغنم والثياب والأشياء التي تتفاوت يجب إعادة القسمة كما في مسألة الدور؛ وهذا؛ لأن قسمة الباقي على حقهما في الغنم وأشباهه يوجب زيادة ضرر بالمدعي عسى بجواز أن يكون ما أخذ من نصيبه غلطًا كله جيادًا وفي قسمة الباقي لا يعود إليه الجياد فتعاد القسمة نفيا للضرر عن المدعي؛ لأنا لو قسمنا الباقي على قدر حقهما ربما يقع له بالقسمة الثانية

---

(١) في ح: يكونا.

مائة ذراع في جانب لا يتصل بنصيبه وكان في أصل القسمة متصلاً بنصيبه فيجب إعادته نفيا للضرر عن المدعي، أما في المكيل والموزون متى قسمنا الباقي على قدر حقها ولم يجب إعادة ثانيا لهذا.

وإذا اقتسم رجلان عشرة أثواب فأخذ أحدهما أربعة والآخر ستة فادعى آخذ الأربعة ثوبا بعينه من الستة أنه أصابه في قسمه وأقام على ذلك بينة، فإنه يقضي له بذلك، سواء أقر بقبض ما ادعى من الزيادة أو لم يقر.

وإن لم تقم له بينة، ذكر في الكتاب: أن صاحبه أخذ ذلك منه غلطًا فيكون مدعيا الغصب على صاحبه، وفي مثل هذا لا يجب التحالف، فإن ادعى أخذ ثوبا بعينه من الستة أنه أصابه في قسمه وأقام على ذلك بينة وأقام الآخر البينة أنه أصابه في قسمه قضي ببينة صاحب الأربعة؛ لأنه خارج فيه، بخلاف الشهادة على الاستيفاء.

والفرق: أن الإشهاد على القسمة لا يتضمن إقرارا لقبض جميع الحق لمباشرة القسمة، بخلاف الإقرار بالاستيفاء، إقرار بقبض جميع الحق فيصير مناقضًا بعد ذلك أن ينقض بعض حقه.

في المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: دار بين رجلين قسمها القاضي بينهما، فقال أحدهما لصاحبه: الذي في يدي هو الذي أصابك والذي في يدك لي، وقال الآخر: والذي في يدي هو الذي أصابني، فلكل واحد منهما ما في يده ولا يصدق على صاحبه.

وفيه أيضًا: قاسم قسم دارًا بين اثنين وأعطى أحدهما أكثر من حقه وبنى أحدهما في نصيبه، قال: يستقيل القسمة فمن وقع بناؤه في غيره رفع بعضه، ولا يرجعون على القاسم بقيمة البناء، ولكن يرجعون بالآخر الذي أخذ منهم.

وفي أدب القاضي للخصاف: إذا ادعى أحدهما القيمة وأنكر الآخر، يتحالفان.

* * *

الفصل التاسع
في المهايأة

يجب أن يعلم أن المهايأة[١] قسمة المنافع وأنها جائزة في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وواجبة إذا طلبها بعض الشركاء، ولم يطلب الشريك الآخر قيمة الأصل، وأنها قد تكون بالزمان، وقد تكون بالمكان.

وتكلم العلماء في كيفية جوازها، بعضهم قالوا: إن جرت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتًا يسيرًا كما في الثياب والأراضي يعتبر إقرارًا من وجه مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة.

وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل، أجبر الآخر عليها.

وإن جرت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه، حتى لا تجوز من غير رضاهما، وهذا لما ذكرنا: أن المهايأة قسمة المنافع، وتعتبر بقسمة الأعيان، وقسمة الأعيان تعتبر مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، واعتبر مبادلة من وجه إقرارًا من وجه في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرًا كالثياب، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه القسمة؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال، ولكن إذا طلب أحدهما أجبر الآخر عليه؛ لأن التفاوت يسير، وكذا في قسمة المنافع.

وبعضهم قالوا: بأن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرًا يعتبر إقرارًا من وجه عارية من وجه كان ما يستوفيه كل واحد منهما بعضه نصيبه وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه، ولا يعتبر مبادلة بوجه ما.

حجية هذا القائل: أن المهايأة جائزة في الجنس الواحد، ولو كان مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد؛ لأنه حينئذ تكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا

---

(١) المهايأة لغة: مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، وتهيأت للشيء: أخذت له أهبته وتفرغت له، وهيأته للأمر: أعددته فتهيأ، وتهايأ القوم تهايؤوا من الهيئة: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد: النوبة.
ينظر: المصباح المنير، ص (٦٤٥).

النسيئة؛ ولأن لكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، ولو كانت مبادلة من وجه كما جازت من غير ذكر بيان المدة.

والأول أصح؛ لأن العارية ما تكون بغير عوض وهذا بعوض؛ لأن كل واحد منهما ما يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في يومه، صاحبه إنما يترك بشرط أن يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته، وإنما لم يحرم النساء؛ لأن القياس ألا يحرم النساء بأحد وصفي علية الربا؛ لأن الدين مع الغير يستويان في العدد، إلا أن المعنى فضلاً من حيث الجودة؛ لأن العين أفضل من الدين وأجود منه، إلا أن الفضل من حيث الجودة يحرم عند وجود وصفي علية الدين، وهو القدر مع الجنس، فلأن يحرم عند وجود أحد وصفي علة الربا، أولى، إلا أنا أبقينا هذه الحرمة عند وجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو القدر أو الجنس بالنص، بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع، والمهايأة إقرار من وجه، ومبادلة من وجه، فيعمل فيهما بقضية القياس.

وقوله: بأن لكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، سنبين الوجه فيه بعد ذلك إن شاء الله تعالى.

وقوله: بأن المهايأة تجوز من غير بيان المدة.

قلنا: جازت قسمة المنافع فتكون معتبرة بقسمة العين ثم قسمة العين جائزة من غير بيان المدة، وكذا قسمة المنفعة.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: دار بين رجلين تهايآ على أن يسكن هذا منزلًا معلومًا وهذا منزلًا معلومًا، وعلى أن يؤاجر كل واحد منهما منزله ويأكل عليه، فهو جائز، كذا ذكر في بعض الروايات.

وذكر في بعض الروايات: وعلى أن يؤاجر كل واحد منهما.

فعلى الرواية الأولى: هذه مهايأة في السكنى والاستغلال جميعًا من حيث المكان وبيان أنهما إذا تهايآ في السكنى ولم يشترط الإجارة، أن كل واحد منهما لا يملك

إجارة منزله إذا ملك كل واحد منهما ذلك لم يكن لاشتراط الإجارة مع السكنى معنى.

وإلى هذا ذهب أبو علي الشاشي[1].

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول: ظاهر هذا المذهب أن كل واحد منهما يملك إجارة منزله، وإن لم يشترطا الإجارة.

وعلى الرواية الثانية: تكون هذا مهايأة، إما في السكنى أو في الاستغلال من حيث المكان.

وبيان المهايأة في الاستغلال يجوز حالة الانفراد مقصودًا كما تجوز بيعًا للمهايأة في السكنى، وإنما ملك كل واحد منهما إجارة منزله من غير الشرط في ظاهر المذهب، على ما ذكره شمس الأئمة؛ لأن المهايأة قسمة المنفعة، فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقًا باعتبار قدر ملكه؛ لأن المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة قسمة المكيل والموزون، وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة لا من جهة غيره، شرط ذلك له أو لم يشترط، ولهما أن يقتسما العين ويبطلا المهايأة إذا بدا لهما أو لأحدهما؛ لأن الأصل فيما هو المقصود من تميز الملك قسمة العين، والمهايأة خلف عنه.

ألا ترى أن في الابتداء: لو طلب أحدهما قسمة العين وطلب الآخر من القاضي المهايأة، فالقاضي لا يهايئ بينهما، فكذا في الانتهاء: إذا طلب أحدهما قسمة العين لا تستدام المهايأة.

وذكر محمد - رحمه الله - في باب المهايأة في الحيوان: ولكل واحد منهما

---

(١) هو: أحمد بن محمد بن إسحاق أبو علي الشاشي، الفقيه سكن بغداد، ودرس بها، تفقه على أبي الحسن الكرخي قاله الخطيب فى تاريخه، وقال الصيمري: صار التدريس بعد أبي الحسن الكرخي إلى أصحابه منهم: أبو علي الشاشي، وكان أبو علي شيخ الجماعة، توفي أبو علي سنة أربع وأربعين وثلاثمائة.
ينظر: تاريخ بغداد (٦/ ٦٠)، طبقات الفقهاء، ص (١٤٣)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/ ٩٩).

نقض المهايأة بعذر وبغير عذر.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: هذا هو ظاهر الرواية.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إنما يكون لأحدهما نقض المهايأة إذا قال: أريد بيع نصيبي من الدار، وقال: أريد أن أقسم العين حتى يتميز نصيب كل واحد منا، فأما إذا قال: افسخ المهايأة لتعود المنافع مشتركة بيننا كما كانت، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله -: أنه ليس لكل واحد منهما نقض المهايأة من غير رضا صاحبه إلا عند إرادة القسمة.

فكأن شمس الأئمة الحلواني مال إلى هذه الرواية.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: وإنما يكون لأحدهما النقض بعذر وبغير عذر على ظاهر الرواية، إذا حصلت المهايأة بين أنفسهما، فأما إذا حصلت بحكم القاضي لا تنقض بنقض أحدهما؛ لأنا لو نقضناها بنقض أحدهما احتجنا إلى إعادة مثلها ثانيا، وإذا حصلت بتراضيهما، لو نقضناها لا يحتاج إلى إعادة مثلها ثانيًا، وإنما يحتاج إلى ما هو أعدل من هذه القسمة، وهي القسمة بقضاء القاضي.

وليس لواحد منهما أن يحدث في منزله بناء أو سمة أو يفتح بابًا؛ لأن العين بعد المهايأة باق على التركة.

وكذلك لو تهايآ على أن يكون السفل في يد أحدهما، والعلو في يد الآخر، فهو جائز على ما بينا. هذا إذا تهايئا في دار واحدة من حيث المكان.

وأما إذا تهايئا فيها من حيث الزمان، ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصلح: أنه يجوز، سواء تهايئا في السكنى أو في الاستغلال أو فيهما.

وذكر محمد - رحمه الله - في الروايات: أنه لا يجوز زمانا ويجوز مكانًا.

بعض مشايخنا قالوا: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسألة في كتاب الصلح: أنهما فعلا بتراضيهما، وموضوع ما ذكر في كتاب الرقيات: أن

أحدهما طلب المهايأة من القاضي زمانًا، وأبى الآخر، فالقاضي لا يجبره عليها.

من المشايخ من قال: على رواية الرقيات: وإن فعلا ذلك بأنفسهما وتراضيا، لا يجوز، فصار في المسألة روايتان.

وأما في الدارين إذا تهايئا على أن يسكن أحدهما هذه الدار، والآخر الدار الأخرى، ويؤاجر كل واحد منهما ما في يده، فهذه القسمة جائزة سواء كانا في مصر واحد أو مصرين؛ لأن قسمة العين على هذا الوجه بالتراضي جائزة.

وكذا قسمة المنفعة.

ولو طلب أحدهما المهايأة من القاضي بهذه الصفة وأبى الآخر، فالقاضي لا يجبر الآبي عليها عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في كتابه.

وإليه مال شيخ الإسلام؛ لأن قسمة الجبر لا تجري في الدور بهذه الصفة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا المهايأة.

وذكر شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي - رحمهما الله -: أن القاضي يجبر الآبي على هذه القسمة عند أبي حنيفة أيضًا، بخلاف قسمة العين على قوله.

والفرق: أن القسمة في المهايأة تلاقي المنفعة دون العين، ومنفعة السكنى تتفاوت، ولا تتفاوت إلا يسيرًا فكان المهايأة إقرارًا لا مبادلة، فجاز أن يجري الجبر عليهما، بخلاف قسمة العين؛ لأن القسمة هناك تلاقي المالية، والدور في المالية تختلف، فكانت القسمة مبادلة، فلا يجري الجبر عليهما.

فإن أغلت إحدى الدارين ولم تغل الدار الأخرى، فليس للذي لم تغل داره أن يشارك الآخر في غلة داره؛ لأن الذي أغلت داره إنما أجر لنفسه بإذن شريكه، ولو أجرها لنفسه بغير إذن شريكه كانت الغلة له، فكذا إذا أجرها بإذن شريكه، وتكون الغلة طيبا له؛ لأن الإجارة حصلت بإذن الشريك.

وفي الدار الواحدة إذا تهايئا على الاستغلال زمانًا، فأغلت في نوبة أحدهما أكثر، فالزيادة والفضل بينهما.

والفرق: أن معنى الإقرار والقسمة في الدارين أرجح، على معنى أن كل واحد منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليها صاحبه، فما يستوفيه كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه بعقده فيسلم له، وفي الدار الواحدة إذا تهايئا في الاستغلال زمانًا، فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها، وذلك لا يكون قضية القسمة، فيجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، فما يقبضه كل واحد منهما يجعل عوضا عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه، والمعاوضة تقتضي المساواة، فبعد التفاضل ثبت التراجع فيما بينهما ليستويا.

وإذا أجر كل واحد منهما الدار التي في يديه، فأراد أحدهما أن ينقض المهايأة صيانة لحق المستأجر.

والمهايأة في النخل والشجر على أكل الغلة باطلة؛ لأن غلة النخل والشجر تبقى بعد الحدوث، وإنما جوزت المهايأة فيما لا يتأتى فيه القسمة بعد الوجود، أو ما يكون عوضًا عنه كغلة الدار ونحوه، ولهذا لا تجوز المهايأة في الغنم على الأولاد والألبان والأصواف؛ لأنه تتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة.

وإذا تهايئا في استخدام عبيد على أن يستخدم العبد هذا شهرًا، ويستخدم هذا العبد الآخر هذا شهرا، فهو جائز، وأما في حق العبد الواحد؛ فلأن هذه قسمة يوجبها الحكم؛ ألا ترى أنه لو طلب أحدهما المهايأة على هذا الوجه وأبى الآخر، يجبر الآبي عليها، ويجوز بتراضيهما لم يوجبها الحكم، فلأن يجوز ما يوجبه الحكم أولى.

ولأن التفاوت بين النصيبين إنما يمكن من وجه واحد من حيث إن نصيب أحدهما نقد ونصيب الآخر نسيئة، لكن لم يتمكن التفاوت في مقدار الخدمة؛ لأن البادئ

منهما إنما يستخدم العبد في نوبته بحكم الملك فلا يبالغ في الاستخدام على وجه يضعفه؛ لأنه لا يضر بالعبد المشترك، فالخدمة في الشهر الأول لا تضعفه عن الخدمة في الشهر الثاني، فإذا كان التفاوت من وجه واحد كان يسيرا فلا يمتنع اعتبار معنى الإقرار، فكان إقرارًا من وجه ومبادلة من وجه، فلا يحرم النساء بسبب الجنس، وهذا بخلاف ما لو وقع التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال، تهايئا على أن يؤاجره هذا شهرًا ويأكل غلته، ويؤاجر هذا شهرًا ويأكل غلته، حيث لا يجوز، فلا خلاف؛ لأن التفاوت بين النصيبين هناك ممكن من وجهين، من حيث النقد والنسيئة ومن حيث مقدار الغلة؛ لأن البادئ من المستأجرين يستخدم العبد بحكم الإجارة فبالغ في الاستخدام فيضعف فلا يستأجره المستأجر الثاني وقد ضعف بمثل ما استأجره الأول.

وإذا وقع التفاوت من وجهين كان فاحشا، ومتى فحش التفاوت لا تصير القسمة إقرارًا، بل تعتبر مبادلة من كل وجه، كما في قسمة العين في الجنس المختلف إذا فحش.

وإذا اعتبر مبادلة من كل وجه، كان مبادلة منفعة من جنسها وأحدهما نسيئة فيكون ربا فلا يجوز وإن تراضيا عليه.

فأما في العين فإنما جاز التهايؤ على الاستخدام؛ لأن قسمة العين على هذا بتراضيهما جائزة عند الكل، وإن كانت لا تجوز من غير تراض عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فكذا قسمة المنفعة على هذا الوجه؛ لأن العبدين إذا استويا في النظر والمنظر لا يتفاوتان في الخدمة إلا يسيرا فلا يمنع ذلك اعتبار معنى الإقرار فتكون المهايأة في حد منهما إقرارًا من وجه فلا يحرم النساء بسبب الجنس لما بينا أن حرمة النساء بسبب الجنس تختص بالمبادلات من كل وجه.

ولو تهايئا في العبدين على الاستغلال، ثم تهايئا على أن يؤاجر هذا هذا العبد شهرًا، ويؤاجر هذا هذا الآخر شهرًا ويأكل غلته، لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز

في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

هما يقولان: العبدان استويا في النظر والمنظر والخدمة لا يتفاوتان في الغلة إلا يسيرًا، فلا يمنع ذلك وقوع الإقرار، والتقريب ما ذكرنا في فصل الاستخدام.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن التفاوت في العبدين في الاستغلال تفاوت فاحش، فأما أن عبدين يستويان في النظر والمنظر ويستأجر أحدهما بأكثر مما يستأجر الآخر لزيادة حذاقته في أحدهما فتعتبر المهايأة فيهما مبادلة من كل وجه فيحرم النساء بسبب الجنس وإن تراضيا عليه.

بخلاف ما لو تراضيا على قسمة العين على هذا، بحيث يجوز وإن كانت مبادلة على استغلالها مع فحش التفاوت عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأن التفاوت ثمة باعتبار معنى الدار تصرفا، فأما باعتبار الأرض، فالتفاوت يسير بين الأرض والأرض، ولهذا كان قسمة الأرضين إقرارًا من وجه ومبادلة من وجه، فيمكن اعتبار معنى الإقرار في هذه المهايأة باعتبار معنى الإقرار لا تثبت حرمة النساء بسبب الجنس، وأما ليس في العبد سببان يكون التفاوت باعتبار أحدهما فاحشًا، فتعتبر المهايأة فيه مبادلة من كل وجه.

وفي المنتقى: جاريتين بين رجلين لهما لبن تهايئا على أن ترضع هذه ابن هذا سنتين، وترضع هذه ابن هذا سنتين، كان جائزًا، ولا يشبه هذا لبن البقر والإبل والغنم.

علل وقال: ؛ لأن ألبان بني آدم لا قيمة لها، وألبان هذه الأشياء لها قيمة.

وإذا تهايئا الدابتين ركوبا واستغلالا، تهايئا على أن يؤاجر هذا هذه الدابة شهرًا، وهذا هذه الدابة الأخرى شهرًا، فهذا جائز في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز.

والكلام في التهايؤ في استغلال الدار نظير الكلام في التهايؤ في استغلال العبدين، وقد مر هذا.

بقي الكلام في الركوب: فوجه قول أبي حنيفة - رحمه الله -: أن التفاوت في الركوب تفاوت فاحش، ولهذا لو استأجر دابة للركوب ولم يبين الراكب، لا يجوز. فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه فيتمكن الربا؛ لأنه مقابل منفعة بمنفعة من جنسها.

ولهما: أن التفاوت من وجه واحد وهو الركوب لا من حيث النقد والنسيئة، فكان يسيرًا، فتعتبر المهايأة إقرارًا من وجه فلا يتمكن الربا، وأما في الدابة الواحدة، لا يجوز التهايؤ استغلالًا بلا خلاف.

وهل يجوز التهايؤ ركوبًا؟

لا شك أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز.

وأما على قولهما: ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأن التفاوت يتمكن من وجهين، فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أنه يجوز.

وإذا تهايئا مملوكين استخدامًا فمات أحدهما أو أبق، انتقضت المهايأة؛ لأن كل واحد منهما إنما رضي سلامة الخدمة للآخر بشرط أن يسلم الخدمة الذي في يديه، ولم يسلم.

ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة، نقص من الشهر الآخر ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا استخدمه الشهر كله وزيادة ثلاثة أيام، فإنه لا يراد للآخر ثلاثة أيام؛ لأنا لو رددناها كان بحكم الإتلاف لا بحكم العقد؛ لأن المهايأة لم تتناول ما زاد على الشهر، والمنافع لا تضمن بالإتلاف من غير عقد.

فأما إذا نقصت ثلاثة أيام، فلو نقصناها نقصناها بحكم العقد؛ لأنه فات بعض المعقود عليه قبل القبض في مدة العقد فلا يسلم للآخر ما بإزائه من البدل بحكم العقد.

ولو أبق أحدهما الشهر كله واستخدم الآخر الشهر كله، فلا ضمان ولا أجر، وكان يجب أن يضمن نصف أجر المثل؛ لأن المهايأة مبادلة من وجه، والمبادلة من

كل وجه لا تنفسخ بهلاك أحد العوضين قبل القبض، بل تفسد.

ولهذا قالوا: من استأجر دارًا بعبد وقبض الدار ولم يسلم العبد حتى هلك العبد ثم سكن الدار، كان عليه أجر المثل؛ لأن بهلاك العبد فسد العقد ولم ينفسخ فصار مستوفيًا سكنى الدار بحكم عقد فاسد.

والجواب: المهايأة مبادلة من وجه وإقرار من وجه، فباعتبار المبادلة إن كان تتقوم المنافع فباعتبار الإقرار لا تتقوم فلا تتقوم بالشك.

ولو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم، فلا ضمان؛ لأنه عطب من عمل مأذون فيه.

وكذلك المنزل، ولو انهدم من سكنى من شرط له، فلا ضمان، لما قلنا.

وكذلك لو احترق المنزل من نار أوقدها فيه، فلا ضمان؛ لأن هذا من جملة السكنى.

ألا ترى أن المستأجر والمستعير يملكان ذلك، والسكنى مأذون فيه، وكذلك لو توضأ فزلق رجل بوضوئه أو وقع فيه شيء فمر به إنسان، فلا ضمان.

ولو بنى فيها أو حفر بئرًا فيها، ضمن بقدر ما كان ملك صاحبه حتى أنه إن كان ملك صاحبه الثلث عند أبي حنيفة.

وعندهما: ضمن النصف على كل حال، فقد جعله جانيا بالحفر وبانيا في نصيب صاحبه وإن كان مأذونًا بالسكنى فيه.

من أصحابنا من قال: هذا الجواب غلط في البناء؛ لأن البناء ليس إلا وضع الآجر والطين واللبن بعضه على بعض، ولو وضع جميع ذلك في الدار لا على وجه البناء، لم يضمن، كذا هاهنا.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: فإن كان ما قال هؤلاء حقًا، يجب أن يكون الجواب في المستأجر هكذا: إذا بنى فيها وعطب بها إنسان، لا يضمن، كما لو وضع فيها شيئًا.

وقال - رحمه الله -: والرواية بخلاف قولهم، والرواية هاهنا تكون رواية في فصل الإجارة، وأنه يكون مضمونًا عليه.

أمة بين رجلين خاف كل واحد منهما صاحبه عليها، فقال أحدهما: تكون عندك يومًا وعندي يومًا، وقال الآخر: لا بل نضعها على يدي عدل.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع، نحو العتق في الجواري، والطلاق في النساء، في فصول الشهادة وغير ذلك إلا في هذا الموضع، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه.

وهو نظير ما لو أخبر القاضي أن فلانًا يأتي جواريه في غير المأتى، ويستعملهن في الغناء، ويطأ زوجته في حالة الحيض، وأمته من غير استبراء، لا يكون للقاضي عليه سبيل لحشمة ملكه، كذا هاهنا.

وإن تشاحا في البداية، القاضي يبدأ بأيهما شاء، وإن شاء أقرع.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: ينبغي أن يقرع بينهما تطييبًا.

وإليه مال شمس الأئمة الحلواني.

عبد وأمة بين رجلين تهايئا فيهما على أن تخدم الأمة أحدهما، ويخدم العبد الآخر، على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة، فاعلم أن هاهنا ثلاث مسائل: في كل مسألة قياس واستحسان:

إحداها: أنهما إذا سكتا عن ذكر الطعام، والقياس: يجب طعام العبد والأمة عليهما نصفين، وفي الاستحسان: يجب على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة، وفي السكوت إن سكتا عن ذكرها يجب كسوة العبد والأمة عليهما نصفين قياسًا واستحسانًا.

والثانية: إذا شرطا في المهايأة أن يكون على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ولم يقدر الطعام، والقياس: ألا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، وفي الكسوة إذا لم يبينا المقدار، لم يجز قياسا واستحسانًا.

والثالثة: إذا بينا مقدار الطعام، فالقياس: ألا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، وكذلك في الكسوة إذا شرطا شيئا معلوما، لا يجوز قياسًا، ويجوز استحسانًا.

والمهايأة في رحى الدواب جائزة عندنا، وكذلك لو تهايئا على أن يستأجراها أجيرًا، جازت المهايأة في دار وحمام.

والمهايأة في دار ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة، ويستخدم هذا المملوك سنة، جائزة، وعلى الغلة باطلة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما.

* * *

الفصل العاشر
في المتفرقات

وإذا كان بين رجلين المكيل والموزون في يد أحدهما، فاقتسماه، والذي ليس في يديه لم يقبض نصيبه حتى هلك نصيبه، والذي هلك يهلك عليهما، والذي بقي فهو بينهما.

والأصل في هذه المسألة وأجناسها: أن في قسمة المكيل والموزون، إذا هلك نصيب أحدهما قبل القبض، تنقض القسمة، ويعود الأمر إلى ما كان قبل القسمة؛ وهذا؛ لأن هذا القسمة مبادلة من وجه، وإن كان إقرارًا من وجه، فإن كل واحد من الشريكين ما أخذ أخذ نصيبه بحكم قديم ملكه، وأخذ نصفه من نصيب صاحبه عوضًا عما ترك على صاحبه من نصيبه، فباعتبار المبادلة: إذا هلك أحد النصيبين قبل القبض تنتقض القسمة ولا ينقطع حق من هلك نصيبه مما قبضه صاحبه، كما في البيع، وباعتبار الإقرار: لا تنتقض القسمة حق من هلك نصيبه مما قبضه صاحبه، فلا ينقطع حقه بالشك والاحتمال، ولو كان الهالك نصيب من كان المكيل والموزون في يده نصيب الآخر، لا تنتقض القسمة؛ لأنه إذا هلك المقبوض لا يوجب انتقاض القسمة، وانتقاض هذه القسمة في الفصل الأول باعتبار المبادلة.

والدليل على أن هلاك المقبوض لا يوجب انتقاض المعادلة، على ما قالوا فيمن اشترى عبدا بجارية، وقبض العبد ولم يسلم الجارية حتى هلك العبد، لا تنتقض المبادلة، ويؤمر مشتري العبد بتسليم الجارية ويتم البيع، وكذا هاهنا يؤمر صاحب اليد بتسليم نصيب صاحبه إليه(١).

وعن هذا الأصل قلنا: إن الدهقان إذا قال للأكار: اقسم الغلة واعزل نصيبي من نصيبك، ففعل، ثم يملك نصيب أحدهما قبل قبض الدهقان نصيبه، إن هلك نصيب الدهقان هلك قبل قبضه بأن هلك نصيب الأكار، لا تنتقض القسمة؛ لأنه هلك

---

(١) زاد في ح: الربح.

نصيبه بعد القبض، فإن الغلة كلها في يد الأكار، فعلى هذا الأصل تخرج جنس هذه المسائل.

وقال الحاكم عبد الرحمن - رحمه الله - في مسألة الدهقان مع الأكار: إذا حمل الأكار نصيب الدهقان فلما رجع، إذا هلك ما أفرزه لنفسه، قال: الهلاك عليهما، فلو حمل نصيبه إلى بيته أولا، فلما رجع، إذا هلك ما أفرزه الدهقان، فالهلاك على الدهقان.

المكيل والموزون إذا كان بين حاضر وغائب، أو بين صبي وبالغ، فأخذ الحاضر والبالغ نصيبه، فإنما تنفذ قسمته من غير خصم لشرط سلامة نصيب الغائب والصغير، حتى لو هلك ما بقي قبل أن يصل إلى الغائب كان الهلاك عليهما، حكي ذلك عن كتاب القسمة.

إذا مات الرجل وترك ورثة وأوصى بثلث ماله للمساكين، وقسم القاضي وعزل الثلث للمساكين، والثلثين للورثة فلم يعط أحدا منهم شيئًا حتى ضاع الثلثان، كان ما ضاع عليهم جميعا وتعاد القسمة.

وبمثله القاضي لو أعطى الثلث للمساكين وضاع الثلثان، والورثة غيب أو فيهم غيابًا وصغارًا، فالثلثان نصفان من مال الفدية؛ لأن في الثاني: القسمة قد تمت، إذ القاضي نائب عن الورثة في قبض الثلثين، فكان الضياع على الورثة، وكذلك الفصل الأول.

المنتقى: رجلان بينهما طعام، أمر أحدهما صاحبه بالقسمة ودفع إليه جوالقا، فقال: كل حصتى من الطعام فيه، فهو جائز، وهذا قبض.

وكذلك لو قال: أعرني جوالقك هذا وكل حصتى فيه.

وإن قال: أعرني جوالقا من عندك، ولم يقل: هذا، وكله فيه، ففعل، فهذا ليس بقبض منه بحصته.

وعن عمرو بن أبي عمرو عن محمد - رحمهما الله -: فيمن اشترى من آخر

حنطة بعينها وقال للبائع: أعرني جوالقك هذا وكلها فيه، وذهب المشتري، وكالها البائع، فهو قبض. وإن لم يقل: هذا، فليس بقبض.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله -: أنه قال: وإن قال: هذا، وكالها[1] البائع بغيبة المشتري، فهو ليس بقبض.

وفي القدوري: إن الجوالق إذا كان معينًا، بأن قال: هذا، ففعل البائع ذلك، فهو قبض عند أبي يوسف، وإن لم يكن معينا، فإن كان المشتري حاضرا، فهو قبض، وإن كان غائبًا، لم يكن قبضا. ما ذكر هاهنا في القسمة يوافق رواية عمرو بن أبي عمرو عن محمد، ويوافق رواية القدوري عن أبي يوسف في البيع.

إذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم على فرائض الله تعالى وأفردوا نصيب كل واحد، ثم أرادوا أن يبطلوا القسمة بالتراضي ويجعلوا الدور والأراضي مشتركة بينهم مشاعا كما كانت، فلهم ذلك؛ لأن هذا نقض القسمة بالتراضي، فالقسمة في غير المكيل والموزون في معنى البيع، فكان نقض القسمة بمنزلة الإقالة، وإذا اتفقوا على ذلك كان لهم.

إذا وقع الشجر في نصيب أحدهما والأغصان متدلية في نصيب الآخر، هل يجبره على القطع؟

متى لم يذكر في القسمة شيئًا، فيه روايتان:

روى ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: أن له ذلك.

وابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أنه ليس له ذلك، وبه نفتي.

ذكرها بأجناسها في أول كتاب القسمة.

إذا كان في التركة دار وحانوت، والورثة كلهم كبار فتراضوا على أن يدفعوا الدار والحانوت إلى واحد منهم عن جميع نصيبه من التركة، جاز؛ لأن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: إنما لا يجمع نصيب واحد من الورثة في دار واحدة بطريق

---

(١) في ح: فكالها.

الجبر من القاضي، وأما عند التراضي فجائز.

في قسمة شرح القدوري: ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة في دار واحدة بطريق الجبر من القاضي، فأما عند التراضي، فجائز.

في قسمة شرح القدوري: ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة من غير رضى الباقين عن جميع نصيبه من التركة، فإنه لا يجوز، يعني: لا ينفذ على الباقين، ويكون موقوفا على إجازتهم، وكان للباقين أن يستردوا الدار إن أرادوا ويجعلوها في القسمة، وهذا ظاهر.

وإنما الإشكال في أن الدافع هل يأخذ نصيبه من الدار بعد استرداد الباقين؟

والجواب: أنه ليس له ذلك، ويجوز للقاضي أن يأخذ على القسمة أجرًا، ولكن المستحب ألا يأخذ؛ وهذا؛ لأن القسمة ليس بقضاء على الحقيقة حتى لا يعرض على القاضي مباشرتها بالقضاء، من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن قال: إنها ليست بقضاء، جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء، يستحب ألا يأخذ الأجر عليها.

وفي المنتقى: هشام عن محمد - رحمهما الله -: أرض بين رجلين بني أحدهما، فقال الآخر للثاني: ارفع بناءك عنها، تقسم الأرض بينهما، فما وقع من البناء في غيره يرفع.

وفيه أيضًا: عبدان بين رجلين، غاب أحد الرجلين، فجاء أجنبي إلى الشريك الحاضر وقال: قاسمني هذين العبدين على فلان الغائب فإنه يستجيز قسمتي، فقاسمه الحاضر، وأخذ الحاضر عبدًا، وأخذ الأجنبي عبدا، ثم قدم الغائب وأجاز القسمة، ثم مات العبد في يدي الأجنبي، فالقسمة جائزة، وقبض الأجنبي جائز، ولا ضمان عليه فيه.

وإن مات قبل الإجازة بطلت القسمة، وللغائب نصف العبد الباقي، وهو بالخيار في تضمين حصته من العبد الميت، إن شاء ضمن الذي مات في يده، وإن شاء

ضمن شريكه، وأيهما ضمن لا يرجع بما ضمن على الآخر.

أرض بين شريكين، طلب أحدهما القسمة، وقدم شريكه إلى القاضي وطالب شريكه، قال: قد بعت نصيبي، فأقام البينة على ذلك، لا تقبل بينته لدفع القسمة؛ لأنه يريد إبطال حق القسمة بإثبات فعل نفسه بالبينة وهو البيع من الغائب، فلا يقدر على إثباته في قسمة فتاوى أبي الليث.

❊ ❊ ❊

فهرس المحتويات

تتمة كتاب الإجارات

كتاب الشفعة

كتاب القسمة

* * *